Die Hannoverschen Realgemeinden

insbesondere ihre Stellung im öffentlichen Recht

Dissertation

zur

Erlangung des rechtswissenschaftlichen Doktorgrades

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Georg-August-Universität

zu Göttingen

vorgelegt von

Assessor **Günther Heising**

aus Bonn/Rh.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Göttingen

DRUCK VON AUGUST SCHÖNHÜTTE & SÖHNE, GÖTTINGEN-GRONE

1954

Berichterstatter: Prof. Dr. W. Weber
Mitberichterstatter: Prof. Dr. A. Köttgen

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Dez. 1953

„D 7“

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

Inhaltsübersicht

Erster Teil

Die geschichtliche Entwicklung der Realgemeinden aus der germanisch-rechtlichen Markgenossenschaft

A. Die heutige Bedeutung der Realgemeinden 1

B. Die Markgenossenschaft ursprünglich eine persönliche Genossenschaft 4

I. Die Ansiedlung der Germanen 5

II. Das Wesen der Markgenossenschaft in der germanischen Zeit . 10

C. Die Markgenossenschaften in der Zeit der Grundherrschaft . . . 14

I. Die Bindung des Markgenossenrechts an den Hufenbesitz . . . 14

II. Die Fixierung der Anzahl der Markgenossen 17

III. Der Einfluß der Grundherrschaften auf das Markenwesen . . 20

IV. Der Untergang der meisten städtischen Markgenossenschaften . . 23

D. Die Entwicklung des Markenwesens vom 16.—18. Jahrhundert . . . 28

I. Die allgemeine Entwicklung in Deutschland 28

1. Die Einwirkungen auf die wirtschaftliche Seite der Markgenossenschaften 29

2. Die Einwirkungen auf die öffentlich-rechtliche Seite der Markgemeinden und die Bildung der politischen Gemeinden 32

II. Die Sonderentwicklung der Markgemeinden in Niedersachsen . 34

1. Die Einwirkungen auf die privatrechtliche Seite der Markgenossenschaften 34

2. Die Veränderungen des öffentlich-rechtlichen Status der Markgenossenschaften 35

E. Die Bildung der politischen Gemeinden im Königreich Hannover und die Entwicklung der alten Markgemeinden zu reinen land- und forstwirtschaftlichen Genossenschaften 38

I. Die Notwendigkeit der Gründung von politischen Gemeinden im 19. Jahrhundert 38

II. Die Landgemeindegesetzgebung im Königreich Hannover . . . 40

F. Die Gemeinheitsteilungen 43
I. Die Durchführung der Gemeinheitsteilungen 43
II. Das Einsetzen einer gegenläufigen Gesetzgebung gegenüber den Gemeinheitsteilungsordnungen 50
III. Die Teilungsinteressentenschaften 54
IV. Das Verhältnis der Teilungsinteressentenschaften zu den Realgemeinden . . . . . , 58

Zweiter Teil

Die Rechtsstellung der hannoverschen Realgemeinden seit dem Erlaß des Realgemeindegesetzes

A. Das Realgemeindegesetz 64
I. Der Zweck des Realgemeindegesetzes 64
II. Die Definition der Realgemeinden 66
III. Das Verfahren bei Statutserrichtung nach dem Realgemeindegesetz unter besonderer Berücksichtigung der neuesten Rechtsentwicklung 67
IV. Die Rechtsbehelfe im Anschluß an die Statutserrichtung . . . 77
V. Der Inhalt des Realgemeindestatuts 86
VI. Die Sonderbestimmungen für Realgemeinden mit Statut nach dem Realgemeindegesetz 87
VII. Das Verhältnis des Realgemeindegesetzes zum BGB 93

B. Die Rechtsgestalt der Realgemeinden 95
I. Die Realgemeinden als selbständige Rechtspersönlichkeiten . . . 96
II. Die Realgemeinden mit Statut als Körperschaften des öffentlichen lichen Rechts 100
1. Begriff der Körperschaften des öffentlichen Rechts 101
2. Die Realgemeinde mit Statut als Körperschaft des öffentlichen Rechts 110
III. Die Realgemeinden ohne Statut nach dem Realgemeindegesetz als juristische Personen des Privatrechts 115
IV. Das innere Wesen der Realgemeinde 118
V. Die Rechtsnatur der Realgemeindestatuten 124

C. Die Rechtsstellung der Mitglieder 126
I. Die Mitgliedschaft 126
II. Das Teilnahmerecht 127
III. Die Übertragbarkeit der Realgemeindemitgliedschaft und Realgemeindeberechtigung 132

D. Die Rechtsstellung des Vorstandes, der Angestellten und Arbeiter der Realgemeinde . . . . . , 139
I. Der Vorstand in seiner öffentlich-rechtlichen Stellung 139

II. Die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis des Realgemeindevorstandes und die Haftung der Realgemeinde für ihre Organe und Angestellten 145
III. Das öffentliche Dienstrecht der Angestellten und Arbeiter der Realgemeinden 149

Dritter Teil

Die Staatsaufsicht über die Realgemeinden

A. Selbstverwaltung und Staatsaufsicht im allgemeinen 153
I. Der Begriff der Staatsaufsicht 154
II. Die Funktionen der Staatsaufsicht 159
B. Der Inhalt der Staatsaufsicht 162
I. Gesetzmäßigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle 162
1. Grundsätzliches zur Gesetz- und Zweckmäßigkeitskontrolle . 162
2. Die Gesetzmäßigkeitskontrolle über die Verwaltung der Realgemeinden 163
II. Die Richtung der Staatsaufsicht auf alle Verwaltungshandlungen der Realgemeinde 166
1. Die Staatsaufsicht über die Einhaltung öffentlich- und privatrechtlicher Normen 166
2. Die allgemeine Staatsaufsicht und ihre Sonderformen 169
a) Die Finanzaufsicht 170
b) Die Forstaufsicht 172
III. Die Aufsichtsmittel 180
1. Die allgemeinen Aufsichtsmittel 180
a) Die allgemeinen Aufsichtsmittel ersten Grades 182
b) Die allgemeinen Aufsichtsmittel stärkeren Grades 187
2. Die Sonderaufsichtsmittel 192
C. Die Aufsichtsobjekte 196
D. Die Eröffnung des Verwaltungsstreitverfahrens gegenüber aufsichtsbehördlichen Maßnahmen 198
Literatur 201

Erster Teil

Die geschichtliche Entwicklung der Realgemeinden aus der germanisch-rechtlichen Markgenossenschaft

A. Die heutige Bedeutung der Realgemeinden

Noch heute begegnet man „Realgemeinden" in fast allen Teilen Deutschlands, so z. B. in Rheinland-Pfalz[1]), in Württemberg-Baden[2]), in Thüringen[3]), in Sachsen[4]) und besonders in Niedersachsen[5]). Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, das Recht der Realgemeinden und deren Stellung im öffentlichen Recht — jedoch beschränkt auf das Gebiet der ehemaligen Provinz Hannover — zu untersuchen. Die hannoverschen Realgemeinden haben auf Grund ihrer geschichtlichen Entwicklung und ihrer besonderen gesetzlichen Ausgestaltung eine Sonderstellung gegenüber den Rechtsinstituten anderer Länder mit gleichem historischen Ursprung und gleichen wirtschaftlichen Aufgaben erlangt. Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, auf die den hannoverschen Realgemeinden entsprechenden Rechtsgebilde in den anderen Teilen Deutschlands näher einzugehen. In sachlicher Hinsicht ist die Untersuchung auf die hannoverschen Realgemeinden nach dem preußischen Gesetz betreffend die Verfassung der Realgemeinden in der Provinz Hannover vom 5. Juni 1888 — GS., S. 233 — (Realgemeindegesetz = RGGes.) begrenzt. In der Literatur und in der Praxis wird die Bezeichnung „Realgemeinde" häufig in einem weiteren Sinne gebraucht und ähnlichen Rechtsgebilden beigelegt, die jedoch nicht unter das Realgemeindegesetz fallen. Diese „unechten Realgemeinden" bleiben hier im allgemeinen außer Betracht. Durch das Realgemeinde-

---

1) Vgl. P. Juli, Die Realgemeinden d. südl. Rheinprov., Diss., Köln 1940.

2) Vgl. C. Brinkmann, Die Bedeutung der Allmenden im neuen Deutschland.

3) Vgl. Thür. Ges. v. 29. Mai 1947, Ges. S., S. 52.

4) Vgl. Sächs. Ges. v. 30. Sept. 1948, GVBl, S. 530.

5) Vgl. ferner noch K. Weimann, Die Mark- und Walderbengenossenschaften des Niederrheins; F. Varrentrapp, Rechtsgeschichte und Recht der Gemeinen Marken in Hessen.

gesetz ist das Wort Realgemeinde zu einem festen terminus technicus geworden. Eine ausweitende Anwendung verbietet sich deshalb, zumal für die „unechten Realgemeinden" die weniger mißverständliche Bezeichnung „Interessentenschaft" oder „Interessentengemeinschaft" zur Verfügung steht. Die Interessentenschaften sollen in dieser Arbeit nur so weit behandelt werden, als dies zur Abgrenzung von den Realgemeinden erforderlich ist.

Das einzige, die hannoverschen Realgemeinden behandelnde Gesetz, das bereits erwähnte preußische Gesetz, betreffend die Verfassung der Realgemeinden in der Provinz Hannover vom 5. Juni 1888 — GS., S. 233 — versteht unter Realgemeinden: „Genossenschaften, deren Mitglieder kraft ihrer Genossenschaftsangehörigkeit zur Nutzung einer Gemeinheit berechtigt sind" (§ 1 Abs. 1 RGGes.). Als wesentlichste und geläufigste Bezeichnungen und Namen der Realgemeinden nennt das Gesetz: „Hütungsgemeinden, Forstgenossenschaften und Markgenossenschaften". Das Realgemeindegesetz stellt in § 1 allerdings den Begriff Realgemeinden nicht als Oberbegriff, sondern nur als *eine* der üblichen Bezeichnungen der vom Gesetz betroffenen Rechtsgebilde auf. In Verbindung mit § 2 ergibt sich jedoch, daß sämtliche dem Gesetz unterliegenden Genossenschaften als Realgemeinden angesprochen werden sollen, daß der terminus „Realgemeinde" also der Oberbegriff für alle unter das Gesetz fallenden Genossenschaften ist.

Die vom Gesetz gegebene Definition ist jedoch zu weit, und die dortige Aufzählung der geläufigen Namen der Realgemeinden ist nicht erschöpfend. Eine befriedigende Definition läßt sich somit aus dem Gesetz unmittelbar nicht entnehmen. An dieser Stelle sollen die Realgemeinden nur kurz als die Rechtsträger der früheren Allmende oder Gemeinen Mark bezeichnet werden[6]). Damit soll ein Doppeltes zum Ausdruck gebracht werden: einmal, daß die Realgemeinden juristische Personen sind, und weiter, daß ihr Vermögen aus seit alters her gemeinschaftlich genutzten Wäldern, Weiden, Heiden, Mooren und ähnlichem besteht.

In letzter Zeit haben die Fragen um die hannoverschen Realgemeinden wieder an Aktualität gewonnen. Das öffentliche Interesse ist durch einen Antrag im Niedersächsischen Landtag im Februar 1949 auf die Realgemeinden gelenkt worden. Nach diesem Antrag sollte das Staatsministerium ersucht werden, die Rechtsverhältnisse zwischen politischen Gemeinden und Realgemeinden eindeutig zu klären[7]). Hinter dem Antrag des Niedersächsischen Landtages stand der *Wunsch,*

---

6) So auch Linckelmann-Fleck-Wiedemann a.a.O., S. 37.

7) Vgl. Akten des Nds. Min. d. Innern 321/000/32, Heft „B".

das Vermögen der Realgemeinden in das Vermögen der politischen Gemeinden zu überführen.

Diese Bestrebungen sind schon so alt wie die politischen Gemeinden selbst. Bereits im Anschluß an die Landesverfassungs- und Gemeindegesetzgebung des vergangenen Jahrhunderts, deren Ergebnis die Bildung der „politischen" Gemeinden war, versuchten verschiedene Wissenschaftler, eine theoretische Begründung des Anspruchs der politischen Gemeinden auf das Vermögen der Realgemeinden zu liefern[8]). Laut geworden ist die Forderung der politischen Gemeinden im Anschluß an die politischen Revolutionen der neuesten Zeit, nämlich nach 1918, nach 1933 und nach 1945. Man sah offenbar die Realgemeinden als Überrest aus der jeweils vorhergehenden Epoche an, der sich mit den „modernen" Anschauungen nicht vereinbaren ließ.

Diese Bestrebungen, das Vermögen der Realgemeinden in das Vermögen der politischen Gemeinden zu überführen, haben bisher lediglich in der sowjetischen Besatzungszone Erfolg gehabt. Die dortige Gesetzgebung hat die Realgemeinden im Land Thüringen im Jahre 1947, im Land Sachsen im Jahre 1948 aufgelöst und deren Vermögen den politischen Gemeinden übertragen[9]). Eine Entschädigung an die Mitglieder der Realgemeinden wurde hier regelmäßig nicht gewährt (§ 3 des thür. Ges.).

Der Wunsch der politischen Gemeinden nach Übernahme des Vermögens der Realgemeinden wird verständlich bei der überaus *großen wirtschaftlichen Bedeutung der hannoverschen Realgemeinden.* Im Land Niedersachsen bestehen nach einer Umfrage des Nds. Min. d. Innern bei den Regierungspräsidenten des Landes aus dem Jahre 1949 insgesamt 1448 Realgemeinden, davon im Regierungsbezirk Hildesheim allein 347[10]).

Nach einer statistischen Erhebung aus dem Jahre 1887[11]) nutzten die damals in der Provinz Hannover bestehenden 1777 Realgemeinden

---

8) Thibaut, Civilistische Abhandlungen Nr. 18, S. 391, 403, weitere Nachweise bei Gierke, GenR I, S. 664.

9) Vgl. thür. Ges. vom 29. Mai 1947 (Reg. Bl. I, S. 52) und die Ausführungsbestimmungen vom 2. März 1948 (Reg. Bl. I, S. 41), sowie das sächs. Ges. vom 30. September 1948 (GVBl., S. 530) und erste Durchführungsverordnung vom 5. Oktober 1948 (GVBl., S. 530) und zweite Durchführungsverordnung vom 14. April 1949 (GVBl., S. 234).

10) Vgl. Akten des Nds. Min. d. Innern 321 — 32 — 000 Heft „B". — Diese Zahlenangaben sind jedoch mit Vorsicht aufzunehmen, da — wie oben ausgeführt — in der Praxis der Begriff der Realgemeinde zu Unrecht auch häufig auf andere Rechtsgebilde angewendet wird.

11) Abgedruckt bei Loeb-Caldenhof a. a. O. S. 55.

einen Grundbesitz von 198 537 ha Größe. Die Größe des Grundbesitzes der 469 Realgemeinden im damaligen Regierungsbezirk Hildesheim (ohne Landkreis Holzminden, jedoch mit Landkreis Goslar) betrug 50 199 ha. Davon waren $^9/_{10}$ Forsten[12]). Diese von den damals im Regierungsbezirk Hildesheim bestehenden Realgemeinden genutzte Fläche entspricht etwa der Größe eines großen bis mittelgroßen Landkreises, etwa der Größe des heutigen Landkreises Göttingen[13]). Zu beachten ist aber, daß die Anzahl der Realgemeinden und ihr Vermögen sich seit dieser statistischen Erhebung verringert hat. (Vornehmlich Realgemeinden von untergeordneter Bedeutung haben sich seitdem aufgelöst)[14]). Im Jahre 1925 war der Gesamtgrundbesitz der Realgemeinden des Regierungsbezirks Hildesheim mit 40 505,5 ha ermittelt, die Anzahl der Gemeinden mit Allmendeland mit 418 angegeben worden[15]).

B. Die Markgenossenschaft ursprünglich eine persönliche Genossenschaft

Um das Wesen der hannoverschen Realgemeinden in seinem Kern zu erfassen, ist eine Betrachtung ihrer geschichtlichen Entwicklung unerläßlich. Die Realgemeinden haben in Niedersachsen gegenüber den vergleichbaren Instituten in den anderen Teilen Deutschlands eine eigenartige Entwicklung durchgemacht und so im Laufe der Zeit eine Sonderstellung erlangt. Nur aus der Kenntnis der historischen Entwicklung sind viele Eigentümlichkeiten der hannoverschen Realgemeinden, die unseren heutigen Rechtsvorstellungen fremd sind, zu erklären.

Den Ansatzpunkt für die historische Untersuchung liefert das Realgemeindegesetz in § 1, wo *Mark*genossenschaften und Hütungs*gemeinden* als Realgemeinden im Sinne des Gesetzes aufgeführt werden. Damit ist ein Hinweis auf den geschichtlichen Ursprung der Realgemeinden gegeben, nämlich auf das „Markgemeindewesen". Bis zur Zeit des Absolutismus war die Entwicklung des Markenwesens in Deutschland im großen und ganzen eine einheitliche. Es kann daher

---

12) Vgl. auch die Übersicht über den Genossenschaftswald in Preußen im Jahre 1903 in: Kommunalforstverwaltung in Preußen, überreicht vom Verbande höherer Kommunalforstbeamten, S. 6.

13) Der Landkreis Göttingen hat nach den landeskundlich-statistischen Kurzübersichten über die Stadt- und Landkreise des Landes Niedersachsen — 1950 — S. 17, eine Größe von 48 100 ha.

14) So z. B. die Göttingen Maschgemeinde.

15) Loeb-Caldenhof, S. 33. D. h., daß rund 50 Realgemeinden mit ca. 10 000 ha Grundbesitz sich in der Zeit von 1887 bis 1925 im Reg.-Bez. Hildesheim aufgelöst hatten. Bis zum Jahre 1949 war die Zahl der Realgemeinden im Reg.-Bez. Hildesheim — insbesondere durch die Ausgliederung des Landkreises Goslar — weiter auf 347 zurückgegangen. (Vergleiche oben S. 3, Anm. 10.)

bis zu dieser Zeit eine im wesentlichen für Gesamtdeutschland zutreffende Darstellung gegeben werden.

Der Anfang der Bildung von Markgenossenschaften fällt in die Zeit der ersten Ansiedlung durch die Germanen. Unanfechtbare Quellen aus dieser Zeit stehen kaum zur Verfügung. Jede Darstellung der Geschichte dieses „germanischen" Zeitabschnitts ist deshalb größtenteils hypothetischer Natur und heftig umstritten. Als herrschende Meinung hat sich die von Otto v. Gierke in seinen Werken „Genossenschaftsrecht" und „Deutsches Privatrecht" ausgeführte Ansicht durchgesetzt[16]). Ihr soll im wesentlichen gefolgt, auf andere Meinungen aber auch erforderlichenfalls hingewiesen werden.

I. Die Ansiedlung der Germanen

Zur Zeit ihres Nomadentums waren die germanischen Volksstämme in Sippen (Geschlechter) gegliedert. Die Sippen waren Blutsverbände und umfaßten mehrere Familien, deren Familienoberhäupter von einem gemeinsamen Stammvater abstammten. Die einzelne Sippe bildete den untersten Staats- und Heeresverband, den eigentlichen Träger des öffentlichen und wirtschaftlichen Lebens. Sie war genossenschaftlich zusammengesetzt. Die Sippengenossen waren untereinander gleichberechtigt. Sippengenossen waren aber lediglich die Familienväter. Die einzelnen Familienangehörigen hatten kein eigenes Recht in der Sippe; sie standen vielmehr unter der Herrschaft ihres Familienoberhauptes, das für sie ein eigenes Recht im Sippenverband wahrnahm[17]).

Mit dem Übergang zum Ackerbau wurden die Germanen seßhaft[18]). Die erste Niederlassung der Germanen erfolgte in der Form der aus der Nomadenzeit überkommenen Verbandsform, nämlich nach Sippen. Jede Sippe bildete einen Siedlungsverband, den Verband der Dorfgenossenschaft bzw. der Bauernschaft[19]). Ihr wurde vom Stammesfürsten das Land zur Bewirtschaftung zugewiesen, und zwar geschah dies an-

---

16) Otto Gierke, Das Deutsche Genossenschaftsrecht = GenR, Bd. 1, Berlin 1868, Bd. 2, Berlin 1873, Bd. 3, Berlin 1881; Deutsches Privatrecht = DPR, Bd. 1, Leipzig 1895; hierzu kritisch in neuerer Zeit: Becker, S. 24 ff.

17) Gierke, GenR I, S. 12; Planitz, S. 14 ff.

18) Ein genauer Zeitpunkt läßt sich hierfür nicht angeben, Maurer, Einl., S. 2; jedenfalls traf Caesar, — De bello gallico, 4. Buch, 1. Kap.; 6. Buch, 22. Kap.; Gelbe, S. 84, 146 f. — den germanischen Volksstamm der Sueven schon seßhaft an.

19) Maurer, Einl., S. 3, 5; Gierke, GenR I, S. 60 f.

fangs[20]) alljährlich an anderer Stelle, später auf Dauer[21]), so daß sich erst jetzt feste örtliche Gemeinschaften bilden konnten. Im Laufe der Entwicklung wurden naturgemäß die verwandtschaftlichen Beziehungen innerhalb der einzelnen Siedlungsgenossenschaften schwächer, da der verwandtschaftliche Grad von Generation zu Generation ein entfernterer wurde. An Stelle des blutsmäßigen Bandes hielt nunmehr die Dorfschaft das nachbarliche Zusammengehörigkeitsgefühl zusammen. Die genossenschaftliche Bindung unter den Genossen resultierte jetzt immer stärker und ausschließlicher aus der Notwendigkeit der gemeinschaftlichen Erledigung der Dorfschaftsangelegenheiten, die man auch gemeinhin als Markschaftsangelegenheiten bezeichnet. Hier liegt also der Ursprung des Markenwesens[22]).

Das gesamte von einer Sippe in Besitz genommene Land wurde „Mark" genannt. Den Siedlungsverband nannte man bei dorfweiser Ansiedlung[23]) *„Markgenossenschaft"* oder „Markgemeinde, bei Siedlung in Einzelgehöften[24]) *„Bauernschaft"*[25]).

Dort, wo dorfweise gesiedelt wurde, nahmen die Markgenossen eine Aufteilung der Mark in drei Teile vor, nämlich in den Dorfraum, die Feldmark und die Gemeine Mark. Der *Dorfraum* wurde zur Anlegung der Hofstellen verwandt. Jeder Dorfgenosse, also jedes Familienoberhaupt, erhielt zur Errichtung seines Gehöftes dort einen Platz zugewiesen. An diesem Hofraum hatte er eine Art Sondereigen, das aber durch Rechte der Markgenossenschaft beschränkt war (z. B. durch das Heimfallsrecht, wonach bei Tod eines Markgenossen ohne Hinterlassung von Söhnen — seit dem 6. Jhdt. ohne Hinterlassung von Söhnen *oder Töchtern* — die Hofstelle an die Markgenossenschaft zurückfiel)[26]). Dieses Sonderrecht an der Hofstelle festigte sich im Laufe der Geschichte immer mehr, so daß sich hieraus schon bald das älteste ger-

---

20) Caesar, De bello gallico, 4. Buch, 1. Kap.; 6. Buch, 22. Kap.; Gelbe, S. 84, 146 f.

21) Tacitus, — Germania, Nr. 3 ff, 26; Fehrle, S. 32 — dessen Nachrichten ca. 100 Jahre später datieren, berichtet von diesem ständigen Wechsel der Wohnsitze nichts mehr.

22) a. A. Bullermann, Die Realgemeinden der Prov. Hannover, S. 1, der die Entstehung der Markgenossenschaften lediglich bis zum 6. Jahrhundert n. Chr. zurückverfolgen zu können glaubt.

23) Das war im weitaus größten Teil Deutschlands der Fall.

24) In Westfalen, Alpenländern, nordwestliches Niedersachsen.

25) Vgl. Gierke, GenR I, S. 61 ff; Maurer, Einl., S. 10; Markverf., S. 2; Planitz, S. 15 f; Becker, S. 33 f.

26) Planitz, S. 16; Gierke, GenR I, S. 78 f.

manische Privateigentum entwickelte[27]). Doch ist dieses germanische Privateigentum mit unserem heutigen Eigentumsbegriff nicht identisch. Ein Eigentum im heutigen Sinne war den Germanen überhaupt unbekannt.

Die *Feldmark* wurde aus dem zum Ackerbau bestimmten Teil der Mark gebildet. Sie lag meist ringförmig um den Dorfraum und wurde in gleichwertige Stücke, in die sogenannten „Gewanne" oder „Kampe", aufgeteilt. Die einzelnen Gewanne wurden wiederum in so viel gleiche Teilstücke aufgegliedert, wie Dorfgenossen vorhanden waren. Die Teilstücke der einzelnen Gewanne wurden „Lose" oder „Deele" genannt. Das Eigentum an der Feldmark stand der Markgenossenschaft zu. Die einzelnen Lose wurden unter den Dorfgenossen anfangs alljährlich von neuem verlost[28]). Nur für diese Zeit stand dem Markgenossen der Ertragsgenuß an seinen Deelen zu. Nach Ablauf des Wirtschaftsjahres verlor der Genosse sein Recht an seinen bisherigen Losen und konnte nunmehr nur die Zuweisung neuer Lose für das kommende Wirtschaftsjahr verlangen. Später jedoch wurde die Verlosung der Deele für längere Zeit vorgenommen und unterblieb zum Schluß vollkommen[29]). Je länger im Laufe der Entwicklung die Bewirtschaftungszeit des einzelnen Dorfgenossen an seinen Losen währte, desto stärker wurde sein Sondernutzungsrecht. Als die Verlosung schließlich ganz unterblieb, entwikkelte sich auch an den Feldmarkslosen ein germanisch-rechtliches Privateigentum des einzelnen Genossen[30]).

Dieses Sondereigen blieb aber lange noch durch Rechte der Genossenschaft beschränkt. Außer im Falle des bereits erwähnten Heimfallrechts fiel der Feldmarkanteil automatisch an die Markgenossenschaft zurück, wenn das Ackerland wüst liegen geblieben, verwildert oder verödet war[31]). Eine weitere Beschränkung des Sonderrechts der Markgenossen an ihren Losen lag in der damals herrschenden Bewirtschaftungsweise, dem Flurzwang begründet. Die Bewirtschaftung der Feldmark wurde durch Gemeindebeschluß geregelt. Hier wurde die Fruchtfolge, die Brache und die Zeit der Ackerarbeiten bestimmt. Wegen der Gemengelage der Lose wurde hierbei so verfahren, daß

---

27) Gierke, GenR I, S. 62.

28) Tacitus, Germania, Nr. 6 f, 26; Fehrle, S. 32.

29) Am längsten erhielt sich diese ständig wechselnde Bewirtschaftung bei einem Teil der Gehöferschaften des Saar-, Mosel- und Siegerlandes und des Eichsfeldes, teilweise bis Anfang des 19. Jahrhunderts. Gierke, GenR I, S. 64, Anm. 14; GenR II, S. 222, Anm. 122; DPR, S. 579.

30) etwa 600 n. Chr.; Gierke, GenR I, S. 65, Anm. 17.

31) Gierke, GenR II, S. 215; DPR, S. 270, Anm. 6.

alle Losteile einer Gewanne mit der gleichen Frucht bestellt wurden, daß also sämtliche Dorfgenossen auf ihrem Los in der gleichen Gewanne dieselbe Frucht anbauen mußten[32]).

Den größten Teil der Mark machte das unkultivierte Land, die sogenannte *Gemeine Mark* aus. Weitere Bezeichnungen waren: Offene Mark, Holz- oder Waldmark, Hammerka, Waldgemärke, Allmende, Allmenning, Meente, Gemeinland, Gemein und in Niedersachsen besonders: Gemeinde und Gemeinheit[33]). Zu ihr zählte alles von der Genossenschaft in Besitz genommene Land, das nicht als Dorfraum oder Feldmark ausgeschieden war. Die Allmende lag gewöhnlich wiederum ringförmig um die Feldmark. Im wesentlichen bestand sie aus Wald, Heide, Moor, Ödland und Felsen. Aber auch die Wege, Plätze, Seen, Flüsse und Bäche wurden zur Gemeinen Mark gerechnet[34]). Ein Sondereigen der Markgenossen an der Gemeinen Mark bestand nicht. Sie stand vielmehr im gemeinschaftlichen Eigentum der Dorfschaftsgenossen. Wurde ein Stück der Allmende einem Markgenossen zur Bewirtschaftung überlassen, so schied es hiermit aus der Gemeinen Mark aus[35]).

Aus der Bevölkerungszunahme innerhalb der einzelnen Dorfschaften ergaben sich zwangsläufig Veränderungen der Eigentumsverhältnisse in der Feldmark. Jeder waffenfähige Sohn eines Markgenossen konnte verlangen, in die Markgenossenschaft aufgenommen zu werden und so eine eigene Hofstelle und eigene Losteile beanspruchen. Solange der Dorfraum noch genügend Platz für die Neuanlegung von Hofstellen bot, wurde dort diesen Neusiedlern eine Stelle zur Errichtung ihres Gehöftes angewiesen. Das erforderliche Ackerland erhielt der Neusiedler durch Ausscheidung von Teilen aus der Allmende, die nach ihrer Kultivierung der Feldmark einverleibt wurden und so auch dem Flurzwang unterlagen. Außerdem wurde diesen Neusiedlern gleiches Recht an der Gemeinen Mark zugebilligt wie den anderen Dorfgenossen[36]).

Später, als der Dorfraum zur Anlegung von neuen Hofstellen zu klein geworden war, gründete die Heimatdorfschaft für ihre waffenfähigen Söhne und etwa zugezogene Fremde, die im Heimatdorf nicht angesiedelt werden konnten, häufig sogenannte „Filialdörfer" in der Gemeinen Mark[37]). Die Anlegung der Filialdörfer erfolgte regel-

32) Gierke, GenR I, S. 64.
33) Weitere Bezeichnungen bei Maurer, Markverf., S. 27 ff.
34) Gierke, GenR I, S. 66.
35) Gierke, GenR I, S. 67.
36) Gierke, GenR I, S. 75.
37) Maurer, Einl., S. 175.

mäßig in der gleichen Weise wie die der „Urdörfer" durch Ausscheiden eines Dorfraums und einer Feldmark aus der Allmende. So entstand eine selbständige Feldgemeinschaft des Filialdorfs. An dem Dorfraum und an der Feldmark des Filialdorfs erlangten die Neusiedler Sondereigen, das allerdings außer durch die bereits genannten genossenschaftlichen Beschränkungen — zugunsten des Filialdorfs — noch durch Beschränkungen zugunsten des Urdorfs eingeschränkt war[38]). Hinsichtlich der Allmende bildete das Filialdorf meistens mit dem Urdorf eine Markgenossenschaft. Seltener erhielten die Filialdörfer eine eigene gemeine Mark. Nur dann bestanden zwischen Ur- und Filialdorf keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen mehr; denn damit bildeten beide jeweils eine selbständige Markgenossenschaft[39]). Schließlich konnte auch eine Markgenossenschaft mehrere Dörfer dann umfassen, wenn die sich ansiedelnde Sippe zur Bildung eines einzelnen Dorfes zu groß war und sie sich deshalb schon bei der Ansiedlung gleich in mehreren Dörfern niederließ. Hier hatte ebenfalls jedes Dorf seinen eigenen Dorfraum und seine eigene Feldmark, während die Allmende den Dörfern gemeinschaftlich zustand[40]).

Auch bei — der selteneren Form — der *Ansiedlung in Einzelhöfen* erfolgte die Landnahme in genossenschaftlicher Form[41]). Die Sippe nahm eine Mark in Besitz und schied hiervon Teile zur Anlegung der Höfe und des dazugehörenden Ackerlandes für die einzelnen Sippengenossen aus. Der einzelne Genosse erlangte sowohl an der Hofstelle wie auch an seinem um den Hof gelegenen Ackerland Sondereigen. Einen Flurzwang wie bei der dorfweisen Ansiedlung gab es hier nicht, da die Ackerländereien sich ja nicht in der Gemengelage wie in der Feldmark befanden. Lediglich die Gemeine Mark stand der Gesamtheit der Eigentümer der Einzelhöfe — der Bauernschaft — zu. Die wirtschaftliche Einheit dieser Genossenschaften war somit von Anfang an auf die Allmende beschränkt. Insoweit bildeten sie Markgenossenschaften. „Abgesehen aber von den mit Feldgemeinschaft und Flurzwang

38) Maurer, Einl., S. 178.

39) Maurer, Markverf., S. 16 ff.

40) Planitz, S. 15; Gierke, GenR I, S. 84. Später — jedoch vielfach auch schon vor den obrigkeitlich geleiteten Gemeinheitsteilungsverfahren — setzten sich häufig die einzelnen Dorfschaften untereinander derart auseinander, daß jedes Dorf auch seine eigene Gemeine Mark erhielt u. so zur selbständigen Markgenossenschaft wurde; Stüve, S. 116.

41) Planitz, S. 16, erwähnt noch die Ansiedlung in Einzelgehöften ohne genossenschaftlichen Zusammenhang.

zusammenhängenden Einrichtungen gestaltete sich die Rechtsverfassung der Bauerschaften und Dorfschaften vollkommen gleich“ [42].

II. Das Wesen der Markgenossenschaft in der germanischen Zeit

Nach dem bisher Dargelegten war der Markgenossenschaft als solcher bereits aus der Art der Ansiedlung eine Vielzahl von *Aufgaben auf wirtschaftlichem Gebiet* erwachsen. Diese gemeinschaftlichen Angelegenheiten waren am umfangreichsten bei den Dorfschaften, da hier wegen der Gemengelage auch die Bewirtschaftung der Feldmark nach einem gemeinsam aufgestellten Plan erfolgen mußte. Bei den Bauernschaften dagegen beschränkten sich die gemeinschaftlichen wirtschaftlichen Angelegenheiten auf die Nutzung der Allmende. Die gemeinsamen Angelegenheiten der Markgenossen auf wirtschaftlichem (privatrechtlichem) Gebiet lassen sich unter den Begriffen genossenschaftliches Gesamteigentum und genossenschaftliches Gesamtnutzungsrecht zusammenfassen. Hierbei ist dann lediglich für den hier behandelten Zeitraum der Unterschied zu beachten, daß diese genossenschaftlichen Gesamtrechte sich bei den Bauerschaften nur auf die Gemeine Mark, bei den Dorfschaften dagegen zusätzlich auf die Feldmark erstreckten.

Das genossenschaftliche Gesamteigentum war ein auf der Verbindung von „Gesamteinheitsrecht“ und „Gesamtvielheitsrecht“ beruhendes Rechtsverhältnis [43]. Dem germanischen Recht war die Konstruktion einer juristischen Person unbekannt. Die Genossenschaft hatte nach den Vorstellungen jener Zeit eine „gesamteinheitliche“ und eine „gesamtvielheitliche“ Seite. Die gesamtvielheitliche Seite verhinderte, daß die Genossenschaft als selbständige Rechtspersönlichkeit gegenüber und neben den Genossen bestand, während die gesamteinheitliche Seite ausschloß, daß die Markgenossen eine „Genossenschaft“ im römischrechtlichen Sinne bildeten und am Genossenschaftsvermögen ein Eigentum nach Bruchteilen hatten. Die Gesamtheit der Genossen, die Genossenschaft, baute sich auf den Genossen als ihren Gliedpersonen auf. Die Gemeine Mark — und zunächst auch die Feldmark bei den Dorfgenossenschaften — war nicht Eigentum einer Gesamteinheit und erschien dem einzelnen Markgenossen deshalb auch nicht als eine für ihn fremde Sache, nicht als ein im Alleineigentum der Markgenossenschaft stehender Grundbesitz. „Die Allmende gehörte allen Markgenossen und damit jedem Markgenossen“ [44]. Andererseits war das

42) Gierke, Genß I. S. 69 f; Maurer, Einl., S. 10 f.

43) Gierke, Genß II. S. 332.

44) Gierke, Genß II. S. 329. Nur der Ungenosse konnte Diebstahl in der

genossenschaftliche Gesamteigentum die Summe der Individualrechte der einzelnen Genossen. Die Rechte des einzelnen Markgenossen an der Allmende wurden durch das genossenschaftliche Band zusammengehalten; die Mark hielt nicht die Genossen zusammen[45]). Das Recht des einzelnen war nicht ohne Beziehung auf das Recht des Verbandes oder besser seiner Mitgenossen zu denken. Das ergibt sich auch aus den bereits erwähnten genossenschaftlichen Beschränkungen des Rechts des einzelnen. Im übrigen aber erhielt auch der Genosse sein Recht erst von der Genossenschaft durch seine Zugehörigkeit zu dieser, wie noch gezeigt werden wird.

Das genossenschaftliche Gesamtnutzungsrecht war ebenfalls Gesamteinheits- und Gesamtvielheitsrecht gleichzeitig. Die Nutzung der Allmende erfolgte deshalb sowohl für einheitliche Gemeindebedürfnisse — wie Errichtung öffentlicher Anlagen auf Allmendegrund[46]) —, als auch — in der Hauptsache — für die Bedürfnisse der verbundenen Einzelwirtschaften[47]). Jeder Markgenosse durfte sich aus den Allmendewäldern Bau-, Brenn- und Nutzholz holen, sein Vieh zur Weide auf die Gemeindewiesen, seine Schweine zur Mast in den Wald treiben, aus den Gemeinen Gewässern Wasser entnehmen und fischen und in den Gemeindewäldern jagen[48]). Darüber hinaus hatten ursprünglich alle Markgenossen ein freies Okkupationsrecht an der Gemeinen Mark. Jeder Genosse konnte in der Gemeinen Mark roden und dadurch sein Ackerland vergrößern. Im Laufe der Zeit wurde jedoch dieses Okkupationsrecht immer mehr eingeschränkt und verschwand schließlich vollständig[49]).

Ursprünglich hatten die Markgenossen das Recht zur uneingeschränkten Nutzung der Allmende. Später wurde die Marknutzung des einzelnen Markgenossen durch den Bedarf seines Hofes begrenzt. Er durfte die Gemeine Mark nur soweit nutzen, als er die Erzeugnisse für seine eigene Landwirtschaft benötigte[50]). Zum anderen setzte später die verfassungsmäßige Ordnung — insbesondere durch Beschlüsse der Markgenossenschaft — der Marknutzung des einzelnen Genossen Gren-

---

Allmende begehen; der Markgenosse dagegen konnte nur seine Nutzungsbefugnis überschreiten; Gierke, GenR II, S. 330.

45) Gierke, GenR II, S. 325.

46) Gierke, GenR II, S. 235 f, vgl. ferner GenR II, S. 239, 241.

47) Gierke, GenR II, S. 243 ff.

48) Gierke, GenR I, S. 68; Maurer, Markverf., S. 126 ff.

49) Gierke, GenR I, S. 68; vgl. ferner Maurer, Einl., S. 157 ff.

50) Gierke, GenR II, S. 244.

zen. So wurden auch häufig feste Jahreshöchstkontingente durch die Markgenossenschaft festgesetzt[51]).

Neben diesen wirtschaftlichen Funktionen oblagen der Markgenossenschaft noch *öffentlich-rechtliche Aufgaben.* Diese lassen sich mit Rücksicht auf den Charakter der Markgenossenschaften als Mark*gemeinden* auch als kommunale Aufgaben bezeichnen, obschon sie viel umfangreicher als die Aufgaben heutiger Gebietskörperschaften waren. Ursprünglich bildete überhaupt jede Markgemeinde zunächst und in erster Linie eine politische Genossenschaft[52]). Die Verbindung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Funktionen entsprach auch der germanisch-rechtlichen Vorstellung, der eine Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht unbekannt war. Die Markgemeinde war organisiertes Glied des Stammes, die unterste Stufe im Staats- und Heerwesen[53]). Als Grundeigentümerin übte sie in der Mark die Grundherrschaft aus, die mit jedem germanischen Grundeigentum verbunden war. Die hieraus resultierenden hoheitlichen Befugnisse standen ihr — etwa wie bei unserer heutigen Gebietshoheit — sowohl gegenüber den Markgenossen als auch gegenüber Nichtmarkgenossen zu[54]).

Die Markgemeinde war weiterhin Friedens- und Rechtsgenossenschaft. In der Versammlung der Markgenossen wurde das Dorfweistum festgestellt, das nicht nur auf Marksachen beschränkt war, sondern die Regelung aller gemeinschaftlichen, auch öffentlichen Angelegenheiten enthielt[55]). Zwischen den Markgenossen bestand ein heiliger Friede, der jede Feindschaft ausschloß, vielmehr zur Hilfeleistung untereinander verpflichtete[56]). Die Markgemeinde hatte ferner ihre eigene Gerichtsbarkeit[57]). Sie wurde als Gericht in Dorfangelegenheiten bei privatrechtlichen Streitigkeiten und auch bei kleineren Strafsachen tätig. Schließlich wahrte die Markgenossenschaft den Gemeindefrieden und hatte eigene Polizei- und Zwangsgewalt[58]).

---

51) Maurer, Markverf., S. 128.

52) Gierke, GenR I, S. 81; Maurer, Markverf., S. 271, hierzu aber in Widerspruch Maurer, Einl., S. 138; Becker, S. 37 ff; Steinbach, S. 17 ff.

53) Gierke, GenR I, S. 71.

54) Gierke, GenR I, S. 84.

55) Gierke, GenR I, S. 71. Becker, S. 37 ff.

56) Planitz, S. 18; Maurer, Einl., S. 161; Markverf., S. 188 f; Gierke, GenR I, S. 71.

57) Gierke, GenR I, S. 71. a. A. die bei Gierke, GenR I, S. 71, Anm. 68, zit. Autoren.

58) Gierke, GenR I, S. 70, 84.

Gegen Angriffe von außen bildete die Gemeindegenossenschaft eine Schutzgenossenschaft. Solange die Markgenossenschaft noch eine wirkliche Sippengenossenschaft war, hatte sie auch ein eigenes Fehde- und Wehrgeldsrecht[59]). Ein Angriff gegen einen Markgenossen war ein Angriff gegen die Genossenschaft und wurde von dieser gerächt. Umgekehrt trat die Gemeinde für Verletzungen durch einen ihrer Genossen gegenüber einer fremden Dorfgenossenschaft ein[60]).

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Markgenossenschaft durch öffentlich-rechtliche, aber auch durch wirtschaftliche Funktionen zusammengehalten wurde. Sie war zugleich Gebietskörperschaft und Wirtschaftsverband. Als Wirtschaftsverband kennzeichnete sie in ökonomischer Beziehung die genossenschaftliche Gesamtwirtschaft, in juristischer Beziehung das genossenschaftliche Gesamteigentum[61]).

In der germanischen Zeit bildeten die Markgenossenschaften eine *persönliche Genossenschaft*. Der Hufenbesitz (d. h. die Berechtigung des einzelnen Genossen an seiner Hofstelle, sein Anteil an der Feldmark und seine Berechtigung an der Gemeinen Mark) war nur eine Folge, nicht die Ursache seiner Zugehörigkeit zu der Genossenschaft[62]). So erklärt es sich auch, daß zu dieser Zeit entsprechend dem gleich großen Genossenrecht nur gleichgroße Hufen bestanden. Den Charakter als persönliche Genossenschaft erhielt die Markgenossenschaft dadurch, daß die Genossenschaftsangehörigkeit von persönlichen Voraussetzungen abhängig war. Der Genosse mußte auf Grund seiner Abstammung von einem Vollgenossen oder durch Aufnahme nach Genossenschaftsbeschluß der Genossenschaft angehören. Er mußte frei und waffenfähig sein. Nach Erfüllung dieser persönlichen Erfordernisse gehörte er der Genossenschaft an und konnte dann ipso iure die Zuweisung einer Hufe beanspruchen. Das dem einzelnen Genossen als solchem zustehende Recht bildete eine untrennbare Einheit von persönlichem Genossenrecht und nutzbarem Sonderrecht an der Mark. Jedoch wurde die objektive Seite des Markgenossenrechts (das Recht zur Sondernutzung der Mark) durch die subjektive Seite (das persönliche Genossenrecht) bedingt[63]).

Schon früh hatte sich für die Markgenossenschaften in gewissem Umfang eine eigene Verfassung herausgebildet. Die wichtigsten Gemeindeangelegenheiten wurden in der Versammlung aller Vollgenossen

---

59) Gierke, GenR I, S. 70.
60) Gierke, GenR I, S. 73; Planitz, S. 18.
61) Gierke, GenR I, S. 55.
62) Gierke, GenR I, S. 70; GenR II, S. 325.
63) Gierke, GenR II, S. 267.

beraten und beschlossen. Die Genossenversammlung war das oberste Organ der Markgenossenschaft. Jeder Vollgenosse hatte die Pflicht und das Recht, zur Genossenschaftsversammlung zu erscheinen[64]). Alle Vollgenossen hatten gleiches Stimmrecht. Die Genossenversammlung war zuständig für die Erfüllung der politischen wie der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben. Sie tagte in gebotenen und echten (außerordentlichen und ordentlichen) Versammlungen[65]). Die Genossenversammlung wurde häufig auch als Märkerding, Märkerthing, Märkertag oder Märkerversammlung bezeichnet[66]).

Die Leitung der Genossenversammlung oblag einem ursprünglich von der Märkerversammlung gewählten Markgenossen, dem sog. Dorfrichter, Dorfgreben, Bauermeister oder Schultheiß(bzw. dessen ebenfalls gewählten ständigen Vertreter). Jeder gewählte Markgenosse war zur Annahme des Amtes verpflichtet[67]). Der Bauermeister erledigte die laufenden Geschäfte. Er unterstand den Anordnungen und Beschlüssen der Genossenversammlung und konnte von dieser von seinem Amt abberufen werden.

Zur Entlastung des Märkerthings und zur Unterstützung des Dorfrichters wurden teilweise Ausschüsse gebildet[68]). Diese konnten zur Beratung und Entscheidung einzelner Fälle oder aber als ständiges Unterorgan für einen festen Aufgabenkreis gebildet werden. Die Hauptbeispiele hierfür bilden die Schöffen und Geschworenen[69]), die als Beistände des Dorfrichters mit beratender Stimme oder als wahre Urteilsfinder unter dem Vorsitz des Dorfrichters fungierten[70]). Neben diesen Organen gab es gewöhnlich noch eine Anzahl untergeordneter, niederer Beamte, wie Förster, Weibel, Gemeindehirten usw.[71]).

C. Die Markgenossenschaften in der Zeit der Grundherrschaft

I. Die Bindung des Markgenossenrechts an den Hufenbesitz

In dem Zeitabschnitt, der sich an die Zeit der Ansiedlung der Sippengenossenschaften anschloß, entwickelte sich die Markgenossenschaft aus der ursprünglichen persönlichen Genossenschaft immer mehr

---

64) Maurer, Markverf., S. 343; Becker, S. 55.

65) Gierke, DPR, S. 585.

66) Weitere Bezeichnungen bei Maurer, Markverf., S. 322.

67) In Niedersachsen ging das Amt im Reihedienst um. Die Markgenossen wurden deshalb auch „Reiheleute" genannt; Stüve, S. 113.

68) Maurer, Markverf., S. 280.

69) Maurer, Markverf., S. 280 f.

70) Maurer, Markverf., S. 282 f.

71) Gierke, DPR, S. 585; Maurer, Markverf., S. 255 ff.

zu einer dinglichen Genossenschaft. Ihr Charakter als dingliche Genossenschaft (Realgemeinde) ergab sich daraus, daß jetzt nicht mehr die persönlichen Voraussetzungen, sondern der Hufenbesitz für die Erlangung der Genossenschaftsangehörigkeit im Vordergrund standen, daß aus dem Hufenbesitz die Berechtigung an der Allmende und das Gemeindebürgerrecht folgten. Diese Entwicklung erstreckte sich jedoch über viele Jahrhunderte und war im wesentlichen nicht vor dem Mittelalter abgeschlossen.

Der Grund für diese innere Umwandlung der Markgenossenschaften lag wohl darin, daß die einzelnen Markgenossen verschieden großen Grundbesitz erlangen konnten, daß man den Grundsatz des gleichgroßen Hufenbesitzes aller Markgenossen nicht streng aufrecht erhalten hatte. Nachdem sich schon bald die Rechtsnatur der Sondernutzungsrechte der Markgenossen an ihrer Hofstelle und an ihren Feldmarkslosen einem echten Privateigentum genähert hatte, wurden diese Vermögenswerte auch immer freier vererblich und teilweise sogar rechtsgeschäftlich übertragbar[72]). Den so erworbenen Grundbesitz besaß damit der Markgenosse in diesem Falle auch nicht mehr auf Grund seines Gemeindebürgerrechts, sondern auf Grund eines besonderen Erwerbstitels. Der Erwerb wurde ihm hier insoweit von einem anderen Markgenossen und nicht mehr durch die Markgenossenschaft vermittelt (doch war gewöhnlich für diese Art des Grundbesitzerwerbs die Zustimmung der Markgemeinden erforderlich). Weiterhin konnte wegen des ursprünglich unbegrenzten Okkupationsrechts ein Markgenosse durch Rodungen in der Gemeinen Mark seinen Grundbesitz vergrößern. Einzelne Markgenossen hatten so eine über das bisherige gleiche Einheitsmaß der Höfe erheblich hinausgehende Landwirtschaft erlangt.

Da sich der Umfang der Berechtigung, aus der Allmende Nutzungen zu ziehen, nach dem Bedarf der Wirtschaft des Markgenossen richtete, ergaben sich nunmehr für die einzelnen Markgenossen entsprechend ihrem verschieden großen Grundbesitz unterschiedliche Allmendeberechtigungen[73]). Mit der Vergrößerung der Allmendeberechtigung war wiederum notwendigerweise eine Erweiterung des Gemeindebürgerrechts verbunden, weil ja die Markberechtigung und das persönliche Gemeindegenossenrecht eine untrennbare Einheit bildeten. So richtete sich dann auch in Anbetracht der öffentlichen Rechte und Pflichten die Rechtsstellung der Genossen innerhalb der Markgenossenschaft nach der Größe ihres Grundbesitzes. Insbesondere ergab sich

---

72) Gierke, GenR I, S. 75, 45; Planitz, S. 30f.
73) Gierke, GenR I, S. 68, 616; GenR II, S. 276.

der Umfang des Stimmrechts in der Genossenversammlung aus der Größe der Hufe der Markgenossen [74]).

Nachdem ursprünglich die Markgenossen ihre Hufen auf Grund ihres Gemeindebürgerrechts erhalten hatten, und später — mit der Entstehung ungleich großen Grundeigentums — die Hufen zur Berechnungsgrundlage für den Umfang der Genossenrechte geworden waren, entwickelte sich die Hufe nunmehr sogar zur Voraussetzung der Genossenrechte [75]). Doch bildeten weiterhin persönliches Genossenrecht, Markberechtigung und Hofbesitz eine unzertrennliche Einheit. „Aber in dieser Einheit war der Hofbesitz das Hauptrecht geworden, das Nutzungsrecht war Pertinenz des Hofbesitzes, das persönliche Genossenrecht ein bloßer Ausfluß des Nutzungsrechts" [76]). Die Genossenschaftsangehörigkeit begründete jetzt nicht mehr einen Anspurch auf eine Hufe, sondern umgekehrt war nunmehr der Besitz eines Hofes die Hauptvoraussetzung für die Erlangung einer Allmendeberechtigung und damit auch der Genossenschaftsangehörigkeit. Wer keinen Hof besaß, hatte demzufolge weder eine Markberechtigung noch das Gemeindebürgerrecht.

Die ursprünglichen persönlichen Voraussetzungen für die Genossenschaftsangehörigkeit wurden anfangs neben dem sachlichen Erfordernis des Hufenbesitzes beibehalten, verloren jedoch im Laufe der Zeit immer mehr an Bedeutung, bis sie schließlich ganz entfielen. In dem hier zu behandelnden Zeitabschnitt verhinderte die Beibehaltung einiger persönlicher Voraussetzungen — nämlich: der Aufnahme [77]) in die Genossenschaft, des eigenen Hausstandes [78]) und der eigenen Wohnung in der Mark —, daß die Markberechtigungen zu reinen Servituten und die Markgenossenschaften zu wirklichen Realgemeinden wurden. Von einer Realgemeinde in des Wortes ursprünglicher Bedeutung kann man nämlich nur sprechen, wenn das Genossenrecht ausschließlich auf einer dinglichen Berechtigung an einem Grundstück beruht.

Wenn sich auch die Rangfolge der einzelnen Rechte der Markgenossen (Hofbesitz, Markberechtigung und Gemeindebürgerrecht) ver-

---

74) Gierke, GenR I, S. 615 f. Im wesentlichen unterschied man von nun an Voll- und Halbspänner. Weitere Bezeichnungen bei Gierke, GenR I, S. 603.

75) Gierke, GenR I, S. 75.

76) Gierke, GenR I, S. 601; GenR II, S. 325. Der Abschluß dieser Entwicklung lag allerdings erst i. allg. im 17.—18. Jhdt., als das Anteilsrecht an der Gemeinen Mark bei den meisten Markgenossenschaften ein „nach der Größe des Hofes meßbares Sachenrecht" geworden war. Gierke, GenR I, S. 603.

77) Meist stillschweigende Aufnahme. Maurer, Einl., S. 142 f; Markverf., S. 112 f. Gierke, GenR I, S. 594; GenR II, S. 273 f.

78) „Eigener Rauch", Löw, S. 25.

schoben hatte, so hatten die beiden Aufgabenbereiche der Markgenossenschaft selbst ihre gleichgroße Bedeutung beibehalten (abgesehen von den noch zu behandelnden Veränderungen durch das Aufkommen der großen Grundherrschaften). Der Umfang der wirtschaftlichen und der öffentlich-rechtlichen Funktionen der Markgemeinden blieb trotz des Bedeutungswandels der einzelnen Genossenrechte in der alten Form erhalten. Beide Aufgaben standen weiter gleichberechtigt nebeneinander.

II. Die Fixierung der Anzahl der Markgenossen

Nach der Umbildung der Markgenossenschaften zu (vornehmlich) dinglichen Genossenschaften bahnte sich infolge der durch die Religionskriege hervorgerufenen Not des Bauernstandes eine neue Entwicklung der Markgenossenschaften an, die ihren Ursprung in der grundherrlichen Zeit hatte, aber erst später zur vollen Entfaltung kam [79]). Aus der Erkenntnis, daß durch die laufende Neuerrichtung markberechtigter Hofstellen und durch die damit verbundene dauernde Erweiterung des Kreises der an der Allmende berechtigten Genossen der Wert der Gemeinen Mark für den einzelnen Markgenossen ständig verringert wurde, versuchte man, die Neuaufnahme in die Markgenossenschaft zu erschweren, indem den neuaufgenommenen Markgenossen ein Aufnahmegeld auferlegt wurde.

Später schloß man die Neuaufnahme von Markgenossen überhaupt aus, da die Erhebung des — oft sehr erheblichen — Aufnahmegeldes nicht den Zuzug von neuen Markgenossen verhinderte [80]). Das erfolgte in der Weise, daß man entweder die Anzahl der Hofstätten, die eine Markberechtigung und das Gemeindebürgerrecht vermittelten, ein für allemal festlegte [81]), oder daß überhaupt die Errichtung von neuen Häusern verboten wurde [82]). Den geschlossenen Kreis der berechtigten oder besser berechtigenden Hofstätten nannte man „Ehehofstätten" [83]). Entsprechend der Anzahl der Ehehofstätten war auch

---

79) Deshalb gehört der nun folgende Teil geschichtlich hinter die grundherrliche Zeit. Der innere Zusammenhang mit der zuletzt behandelten Entwicklung rechtfertigt aber, daß dieser Abschnitt vorweg behandelt wurde.

80) Gierke, GenR I, S. 672 ff.

81) Gierke, GenR I, S. 601.

82) Meist durch landesherrliche VO, wie z. B. im Fürstentum Lüneburg; Stüve, S. 134, Anm. 2; Loening, S. 147; Thudichum, S. 302; Löw, S. 150, Anm. 20.

83) Gierke, GenR II, S. 278. Diese Bezeichnung findet sich sogar jetzt noch bei einigen hann. Realgemeinden.

die Anzahl der Markgenossen für immer fixiert. In anderen Markgenossenschaften vermittelte nicht die Hofstätte allein, sondern das ganze Hufengrundstück das Markgenossenrecht [84]). Hier fixierte man dann die Anzahl der markberechtigten Hufengrundstücke.

Nur in ganz wenigen Markgemeinden reichte die Begründung eines Wohnsitzes, sei es durch Begründung eines Hausstandes oder durch Errichtung eines eigenen Wohnhauses (also nicht notwendig Bauernhauses), zur Erlangung der Markgenossenrechte aus. In dem Fall, in dem der Hausstand (also nicht notwendig das Hauseigentum) die Grundlage des Genossenrechts bildete, konnte von einer *dinglichen* Bindung des Genossenrechts freilich nicht mehr gesprochen werden [85]). Im übrigen wandten sich die Markgenossenschaften auch in all diesen Fällen schon bald gegen eine Erweiterung des Kreises der Markberechtigten, indem sie den Zuzug in diese Gemeinden verwehrten [86]) oder die Anzahl der berechtigten Hausstände fixierten [87]).

Durch den Ausschluß der Neuaufnahme von Markgenossen entwickelten sich die Markgenossenschaften zu einer privilegierten Korporation innerhalb des Kreises der Dorfbewohner. Die Nutzung der Allmende und die Bestimmung in allen öffentlichen Angelegenheiten standen lediglich den Markgenossen zu. Nur sie waren Gemeindebürger. Diejenigen Dorfbewohner, die keinen berechtigten Grundbesitz hatten (Gesinde, Tagelöhner, Einläufige, Kötter, Brinksitzer und Handwerker), gehörten der Markgenossenschaft nur als passive Mitglieder an, als sog. Schutzgenossen. Auch sie unterstanden der öffentlichen Gewalt der Markgemeinde und wurden als unselbständige Leute durch die Vollgenossen in der Genossenversammlung vertreten. Dafür hatten sie im allgemeinen auch keine öffentlichen Lasten an die Markgenossenschaft zu entrichten. An der Allmende hatten sie grundsätzlich keinen Anteil. Nur mittelbar auf Grund der Markberechtigung ihres Dienstherrn oder manchmal aus besonderer Vergünstigung konnten sie ohne eigenen Rechtsanspruch die Gemeine Mark nutzen. Im Laufe der Zeit verwandelte sich jedoch diese Vergünstigung häufig in ein echtes Markgenossenrecht. Seit dem Mittelalter erlangten die

---

84) Gierke, GenR II, S. 278; Maurer, Dorfverf. I, S. 38 ff.

85) Hier gehörten — wenigstens zunächst — der Markgenossenschaft alle Dorfbewohner an. Sie war hier kein Verband einer privilegierten Klasse von Dorfbewohnern, sondern eine Personalgemeinde.

86) Gierke, GenR I, S. 673.

87) Gierke, GenR I, S. 601 ff, GenR II, S. 276, 280.

Schutzgenossen vielfach Rechte im Schul-, Kirchen- und Armenwesen [88] [89]).

Das Nutzungsrecht an der Allmende und das Gemeindebürgerrecht bildeten eine Einheit mit der berechtigten Hofstelle und teilten deshalb deren rechtliches Schicksal. Bei Veräußerung und Vererbung gingen sie automatisch mit über. Ursprünglich (und im allgemeinen auch später — besonders in Niedersachsen —) konnte die Allmendeberechtigung nicht getrennt vom Hofe übertragen werden [90]). Mit Rücksicht auf diese dingliche Bindung der Markberechtigung an die Hofstelle könnte man schon damals die Markgenossenschaft als Realgemeinde bezeichnen. Doch bürgerte sich dieser Ausdruck erst mit der Bildung der politischen Gemeinden ein, als damit das Gemeindebürgerrecht nicht mehr mit der Markgenossenschaftsangehörigkeit identisch war. Das die Realgemeinden ursprünglich kennzeichnende Merkmal der Verknüpfung von dinglichem Recht an einem Grundstück mit dem Genossenrecht bildete sich aber schon damals.

Teilweise entwickelte sich jedoch auch das Nutzungsrecht an der Allmende zu einem selbständigen, von der Hofstelle trennbaren Sachenrecht. Es wurde dann als Immobiliargerechtigkeit angesprochen [91]), die selbständig Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs sein konnte [92]). Die Markgenossenschaft selbst nannte man dann auch „Nutzungs- oder Rechtsamengemeinde“ [93]).

Beide Entwicklungsformen änderten jedoch nichts an der genossenschaftlichen Struktur und dem doppelten Funktionsbereich der Markgenossenschaft. Die jeweils Berechtigten bildeten einen korporativen Personenzusammenschluß, der auf dem „objektiven Substrat“ [94]) der Gemeinen Mark beruhte und durch das genossenschaftliche Gesamteigentum an der Allmende zusammengehalten wurde.

---

88) Gierke, GenR I, S. 674.

89) Deshalb kann man bei diesen Schutzgenossen auch nicht von Ungenossen sprechen, wie dies Gierke, GenR I, S. 673, tut. Die Ungenossen oder Ausmärker hatten in der Markgenossenschaft nicht einmal eine passive Mitgliedschaft; vgl. Gierke, GenR I, S. 673, GenR II, S. 279.

90) Immer war jedoch eine Übertragung mit Zustimmung der Markgenossenschaft an einen anderen Markgenossen oder an einen nichtberechtigten Hofbesitzer zulässig. Im letzten Fall hatte die Markgenossenschaft gewöhnlich ein Vorkaufsrecht.

91) Gierke, GenR I, S. 604.

92) „Das Genossenrecht wurde — dann — immer verwandter mit einer Aktie am Gemeinland“; Gierke, GenR I, S. 605.

93) Gierke, GenR I, S. 605; GenR II, S. 279.

94) Gierke, GenR II, S. 326.

III. Der Einfluß der Grundherrschaften auf das Markenwesen [95])

Auch die Entstehung der großen Grundherrschaften [96]) hat ihre Ursache in der Herausbildung ungleich großen Grundeigentums. Mit der Erweiterung des Grundbesitzes einzelner war ein entsprechender Machtzuwachs verbunden. Auf Grund ihrer so erlangten Machtstellung, die häufig auch noch durch die Innehabung eines öffentlichen Amtes besonders gefestigt war, versuchten diese Bauern ihren Grundbesitz noch weiter dadurch zu vergrößern, daß sie kleinere Bauern in ihre Abhängigkeit brachten. Häufig unterwarfen sich die Bauern aber auch freiwillig einem mächtigen Grundherrn, um so in den damals unruhigen Zeiten unter dessen Schutz zu gelangen. Da nur der freie Mann Grundeigentümer sein konnte, verloren diese Bauern ihr Grundeigentum an jene Grundherrn. Auf dem so erweiterten Grundbesitz hatte der Grundherr dann neben dem Grundeigentum die Grundherrschaft (Gebietshoheit). Bis auf kaum nennenswerte Ausnahmen gerieten so alle früher freien Bauern in Abhängigkeit (bis zum Ende der fränkischen Zeit) [97]).

Soweit die Grundherren ihren Grundbesitz nicht durch ihr Gesinde selbst bewirtschafteten, ließen sie denselben durch die Bauern in mehr oder weniger freier Form selbständig weiter bewirtschaften. Zwischen dem Grundherrn und dem Bauern bestand ein besonderes Rechtsverhältnis. In Niedersachsen war dies gewöhnlich das Meierrecht. Neben den Meiergütern gab es noch die Schillings-, Erbenzins-, Meierdings-, Erbpacht- und Hausgenossengüter [98]). Der Meier hatte an dem von ihm bewirtschafteten Gut kein Eigentum, sondern lediglich ein abgabepflichtiges Nutzungsrecht (Meierzins, Hand- und Spanndienste), welches vielfach im Gegensatz zum Obereigentum des Grundherrn als Nutzeigentum bezeichnet wurde. Im Laufe der Entwicklung gelang es den Meiern, ihr Meierrecht immer weiter auszubauen, bis es als vererbliches dingliches Recht an dem Grundeigentum des Grundherrn angesehen wurde [99]). Teilweise wurde sogar das Meierrecht usw. an der Hufe als Eigentum angesehen, das lediglich zugunsten des Grundherrn mit Reallasten belastet war. Die selbständig wirtschaftenden unfreien Bauern und nicht ihre Grundherrn zahlten die Steuern an die Obrigkeit. Eine Übertragung des Meierguts und eine Teilung des-

---

95) Vgl. S. 17, Anm. 79.

96) Der Anfang der Bildung der großen Grundherrschaften lag schon in der vorfränkischen Zeit; Planitz, S. 70.

97) Becker, S. 44 f.

98) Grefe, II, S. 139; Wittich, S. 85 ff.

99) Wittich, S. 3 ff, 85 ff.

selben war jedoch immer nur mit Zustimmung des Grundherrn möglich [100]).

Die Zahl der *freien Markgenossenschaften* nahm auf Grund dieser Entwicklung ständig ab, und die wirklich vollfreien Gemeinden waren schließlich bis auf ganz wenige Ausnahmen verschwunden [101]). Diese vollfreien Markgenossenschaften behielten ihre überlieferte Verfassung und alten Zuständigkeiten bei.

Häufig war es der Fall, daß ein Grundherr sämtliche Markgenossen unter seine Hörigkeit gebracht hatte. Damit war dann auch das genossenschaftliche Gesamteigentum an der Gemeinen Mark in Alleineigentum des Grundherrn übergegangen. Die ursprünglich von der Markgenossenschaft ausgeübte Grundherrschaft war so ausschließlich in die Hände des Grundherrn gekommen. Damit war für gewöhnlich die alte Markgenossenschaft zunächst verschwunden. Sie hatte ihre Grundlage, das genossenschaftliche Gesamteigentum, verloren.

Später aber fanden sich dann meist die Bauern eines Frohnhofes bzw. eines Herrn zu einer neuen Korporation, der *höferechtlichen Markgenossenschaft,* zusammen [102]). Diese nahm alle gemeinschaftlichen Angelegenheiten der Hörigen wahr. Sie hatte darüber hinaus fast immer auch ein gemeinschaftliches, vom Grundherrn abgeleitetes Recht an der nunmehr dem Grundherrn gehörenden Allmende, ein genossenschaftliches Gesamtnutzeigentum. Während bei den freien Gemeindegenossenschaften das genossenschaftliche *Gesamteigentum* die Basis des genossenschaftlichen Zusammenschlusses war, wurde bei diesen unfreien höferechtlichen Genossenschaften die Grundlage des Genossenrechts das vom Grundherrn *abgeleitete* Gesamt*nutzungsrecht* an der Gemeinen Mark [103]). Ursprünglich handelte es sich bei diesem Gesamtrecht der höferechtlichen Genossenschaft an der Mark lediglich um ein „prekäres Gebrauchsrecht“ [104]). Dieses verstärkte sich aber im Laufe der Zeit immer mehr zu einer festen Gesamtnutzungsgerechtigkeit der höferechtlichen Markgenossenschaft an dem Grund und Boden des Grundherrn [105]).

---

100) Grefe, II, S. 183 ff, 194.

101) Gierke, GenR I, S. 203 f; Loening, S. 145. Markgenossenschaften mit vollfreien Genossen blieben im wesentlichen nur noch im Dithmarschen, Friesland u. vereinzelt i. d. Schweiz und im westlichen Deutschland bestehen.

102) Gierke, GenR I, S. 142.

103) Gierke, GenR II, S. 156 ff, vgl. auch Gierke, DPR, S. 582, Anm. 22.

104) Gierke, DPR, S. 583, Anm. 23.

105) Gierke, GenR II, S. 161 ff, und wurde später sogar in einzelnen Fällen zu annähernd echtem Eigentum der Markgenossenschaft (das allerdings

Die höferechtlichen Genossenschaften bedurften der Vermittlung des Grundherrn, um nach außen im Rechtsverkehr auftreten zu können. Später wurde dieses Vorrecht der Grundherrn besonders in Niedersachsen immer weiter abgeschwächt, so daß zu Rechtsgeschäften der höferechtlichen Markgenossenschaft äußerstenfalls noch die Genehmigung des Grundherrn erforderlich war.

Meistens jedoch behielten die unfrei gewordenen Markgenossen von vornherein den alten genossenschaftlichen Zusammenhang bei. Das war dann der Fall, wenn der Grundherr ihnen gegen Zahlung von Abgaben ihre Höfe und die Nutzung an der Gemeinen Mark zur Bewirtschaftung und Nutzung überließ. Die bisher freien Markgenossen bildeten dann eine höferechtliche Markgenossenschaft als Hörige desselben oder verschiedener Grundherren [106]). Auch hier war die Grundlage der unfreien Genossenschaft das jetzt abgeleitete gemeinschaftliche Recht an der Allmende. Doch waren die Nutzungsbefugnisse der Genossen gegenüber früheren Zeiten durch Vorrechte der Grundherrn erheblich eingeschränkt (z. B. stand die Jagdausübung in der hofrechtlichen Gemeinen Mark ausschließlich dem Grundherrn zu). Die höferechtlichen Markgenossenschaften waren ebenfalls dingliche Genossenschaften insofern, als Voraussetzung der Mitgliedschaft der Besitz einer Hufe war, „mochte es Eigen oder Erbe, erbliches oder sonst nur lebenslängliches Kolonatrecht, Lehen oder ein anderes bäuerliches Nutzungsrecht sein“ [107]).

Infolge des Verlustes der Grundherrschaft — Gebietshoheit — über die Mark verloren die höferechtlichen Markgenossenschaften den größten Teil ihrer öffentlich-rechtlichen Befugnisse. Insbesondere übte nunmehr der Grundherr die Gerichtsbarkeit über die Genossen aus. Den Markgemeinden stand nur in geringeren Angelegenheiten, manchmal unter Aufsicht der Grundherrn, eine rechtsprechende Tätigkeit zu. Nur in rein internen Angelegenheiten behielten bzw. gewannen die Genossenschaften ihre öffentlich-rechtlichen administrativen Funktionen zurück [108]). Aber auch hier hatte der Grundherr große Einwirkungsmöglichkeiten auf Grund seiner Stellung als „oberster Märker“.

Neben diesen beiden extremen Formen der selten gewordenen

---

dann für gewöhnlich zugunsten des Grundherrn belastet war; Reallasten). Vgl. ferner Gierke, GenR II, S. 158 ff, Heyer, S. 42.

106) Der Fall, daß die einzelnen Markgenossen der gleichen Markgemeinde verschiedenen Grundherrn unterstanden, hat in § 22 der Lüneburger Gemeinheitsteilungsordnung v. 25. Juni 1802 ausdrücklich Berücksichtigung gefunden.

107) Gierke, GenR I, S. 597.

108) vgl. hierzu auch Becker, S. 116 ff.

vollfreien und den neu entstandenen höferechtlichen Genossenschaften gab es noch verschiedene Zwischenstufen.

In den Marken, in denen nicht alle Markgenossen unter die Abhängigkeit von Grundherren geraten waren, bestanden die alten Markgenossenschaften als sogenannte *gemischte Markgenossenschaften*[109]) fort. Markgenossen waren hier die frei gebliebenen Bauern neben den hörigen Bauern. Die hörigen Bauern leiteten jedoch ihr Genossenrecht von ihrem Grundherrn ab und vertraten gewissermaßen diesen in der Genossenversammlung. Bei den gemischten Markgenossenschaften erhielten sich jedoch zunächst ihre ursprünglichen öffentlich-rechtlichen Aufgaben[110]). Allerdings bahnte sich in den gemischten Markgemeinden schon bald ein Angleichungsprozeß an, indem die freien Genossen Rechte abgaben, und die hörigen Genossen eigene Rechte gewannen. Als Ergebnis entstand eine halbfreie Genossenschaft mit gleichem Recht aller Markgenossen[111]). Oft schieden auch die Grundherrn und damit ebenfalls ihre Hörigen später durch Abmarkung gegen Abfindung (aus der Gemeinen Mark) aus der Markgenossenschaft aus.

Schließlich entstand noch die Gruppe *der gemeinfreien Genossenschaften*. Diese hatten sich nicht einer Grundherrschaft, sondern lediglich der Schutzvogtei eines Fürsten oder des Kaisers unterstellt. Sie bedurften ebenso wie die gemischten Genossenschaften nicht der Vermittlung eines Herrn, um nach außen auftreten zu können, und behielten auch ihre alten öffentlich-rechtlichen Aufgaben, wählten ihre Vögte und Richter in der Genossenversammlung weiter selbst und zahlten lediglich Abgaben unmittelbar an den Landesherrn. Hieraus entstanden dann später reichsunmittelbare Dorfgemeinden[112]).

IV. Der Untergang der meisten städtischen Markgenossenschaften

Bis zum Mittelalter machten die städtischen Markgenossenschaften die gleichen Entwicklungsstufen durch wie die ländlichen Markgemeinden. Bis dahin bildete die Stadt eine Markgenossenschaft im alten Sinne[113]) mit einer öffentlich-rechtlichen und einer privatrechtlichen Seite. Die Grundlage der städtischen Markgemeinde war die Stadtmark. Sie setzte sich zusammen aus dem eigentlichen Stadtraum (entsprechend dem Dorfraum bei den Landgemeinden), den

---

109) Maurer, Einl., S. 299 ff.

110) Stüve, S. 118.

111) Gierke, GenR I, S. 143.

112) Gierke, GenR I, S. 204; Maurer, Markverf., S. 94—102 mit mehreren Beispielen.

113) Maurer, Städteverf. II, S. 1 ff.

Stadtfeldern (entsprechend der verteilten Feldmark) und der Gemeinen Stadt-Mark (entsprechend der Allmende). Das Bürgerrecht des Städters folgte aus dem städtischen Hufenbesitz und hatte zugleich einen öffentlich-rechtlichen und einen privatrechtlichen Inhalt [114]). An der städtischen Allmende hatten die Stadtgenossen ein genossenschaftliches Gesamtrecht [115]) mit einer gesamteinheitlichen und gesamtvielheitlichen Seite. Die öffentlich-rechtliche Seite des Bürgerrechts zeigte sich in den politischen Rechten und Pflichten der städtischen Markgenossen. Alle diese Rechte folgten aus dem Hufen- und später aus dem Hausbesitz in der Stadt [116]).

Zunächst bestanden auch zwischen den Stadtherrn und den städtischen Markgenossen entsprechende Rechtsverhältnisse wie auf dem Lande (Grundherrschaft eines großen Grundherrn, Vogteiherrschaft eines Fürsten oder Gebietsherrschaft des Königs bzw. seiner Beamten). Nur selten erhielten sich vollfreie städtische Markgenossenschaften [117]).

Eine grundlegend andere Entwicklung gegenüber den Landgemeinden aber machte die Stadt etwa seit Beginn des 14. Jahrhunderts durch, als sie — entgegen dem Rechtszustand bei den ländlichen Markgenossenschaften — als eigene Rechtspersönlichkeit in Erscheinung trat [118]). Das genossenschaftliche Geasmtrecht der alten städtischen Markgenossenschaft war zu einem „gemeinheitlichen Recht der *einheitlichen* Stadtpersönlichkeit" geworden [119]). Damit war die gesamtvielheitliche Seite des alten genossenschaftlichen Gesamtrechts verschwunden und nur die gesamteinheitliche Seite erhalten geblieben. Die Stadt als solche war damit Trägerin eines einheitlichen Rechts geworden. Sie wurde zum alleinigen Subjekt der Gemeindegewalt im Stadtgebiet [120]). Diese Gebietsgewalt der Stadt war unabhängig davon, ob die Stadt selbst an den Teilen des „Weichbilds" ein dingliches Privatrecht hatte oder nicht [121]).

Diese selbständige Stadtpersönlichkeit schaltete sich zwischen den Stadtherrn und die Stadtglieder, die Bürger [122]). Zwischen Stadtherrn

---

114) Gierke, GenR III, S. 649.

115) Gierke, GenR II, S. 692.

116) Gierke, GenR II, S. 668.

117) Gierke, GenR II, S. 649.

118) Vgl. Hübner, S. 135, mit mehreren Beispielen.

119) Gierke, DPR, S. 585.

120) Gierke, DPR, S. 586.

121) „Ihre Gebietsgewalt ergreift gleichmäßig und notwendig alle Teile des Weichbildes, ohne Rücksicht darauf, ob daneben noch dingliches Recht der Stadt besteht oder nicht." Gierke, GenR II, S. 672.

122) Gierke, GenR II, S. 657.

und Bürgern bestanden grundsätzlich keine unmittelbaren herrschaftlichen Rechtsbeziehungen mehr. Im allgemeinen erlangten aber die Städte die volle Gebietshoheit in der Stadtmark, so daß auch zwischen der Stadtpersönlichkeit und dem Stadtherrn keine wesentlichen herrschaftlichen Rechtsbeziehungen mehr bestanden. Die eventuell bestehen gebliebenen öffentlichen Rechte eines Stadtherrn, die die Gebietshoheit der Stadt einschränkten, konnte dieser nur gegenüber der Stadt, der juristischen Person, geltend machen, nicht gegenüber den einzelnen Bürgern. Die Stadt als solche zahlte Steuern und Abgaben [123]). Der einzelne Bürger wurde frei. Da somit die öffentlich-rechtliche Seite des Grundeigentums — die Grundherrschaft, gebietshoheitliche Seite — ausschließlich oder zum größten Teil auf die Stadtpersönlichkeit übergegangen war [124]), verblieb den Stadtherren am Stadtgrund in der Regel nur ein reines Privatrecht (Obereigentum oder Reallasten). Dieses Eigentum oder sonstige dingliche Recht der Stadtherrn erhielt sich auch teilweise an der Gemeinen Stadtmark. Meistens gelang es aber den Städten, an der Mark Alleineigentum zu erlangen [125]).

Die privatrechtliche Seite des genossenschaftlichen Gesamtrechts unterlag ebenfalls einer grundlegenden Umwandlung. Das Grundeigentum der städtischen Markgenossen wurde regelmäßig außer von der Grundherrschaft auch von den Bindungen der Markenverfassung befreit [126]). Die genossenschaftlichen Beschränkungen des Rechts am Bürgerhaus bzw. am Stadtfeld fielen. Der Bürger erlangte hieran das erste deutsch-rechtliche Eigentum, das lediglich und ausschließlich Privatrecht war [127]).

Das genossenschaftliche Gesamteigentum der Stadtgenossen an der Gemeinen Stadtmark entwickelte sich zu einem korporativen Alleineigentum. Die Ansätze zu diesem korporativen Alleineigentum lagen schon in der gesamteinheitlichen Verfügungsmacht und der teilweisen gesamteinheitlichen Nutzung des genossenschaftlichen Gesamteigentums an der Gemeinen Stadtmark. Die gesamteinheitliche Verfügung ging meist nach Entstehung einer einheitlichen Rechtspersönlichkeit auf den Rat der Stadt über, der als ständiges Organ der Stadt, nicht als Bevollmächtigter der Bürger erschien [128]). Die Nutzung

123) Gierke, GenR II, S. 658.

124) Gierke, GenR II, S. 658, spricht von einer Immunität und Freiheit der Stadt.

125) Gierke, GenR II, S. 660 f; vgl. ferner Gierke, GenR III, S. 663.

126) Gierke, GenR II, S. 675; Maurer, Städteverf. I, S. 436 f.

127) Gierke, GenR II, S. 675; „Dieses Eigentum ist aber immer noch nicht so stark wie das römisch-rechtliche dominium."

128) Gierke, GenR II, S. 677.

der Gemeinen Stadtmark hatte früher entsprechend den ländlichen Verhältnissen gleichmäßig der Befriedigung der individuellen Wirtschaftsbedürfnisse der Bürger und der rein öffentlichen Bedürfnisse gedient. Rechtssubjekt der Nutzungsbefugnis zur Befriedigung der rein öffentlichen Bedürfnisse wurde nun die Stadtpersönlichkeit. Da aber die Bürger in der Regel als Handwerker und Kaufleute nicht auf die Nutzungen der Stadtallmende angewiesen waren und auf Wald- und Weidenutzung verzichten konnten, die Stadt dagegen bei ihrem sich ständig vergrößernden öffentlichen Haushalt alles Gemeindevermögen zur eigenen Verwertung benötigte, zog sie alles Gemeindeland als korporatives Alleineigentum an sich und trat in der Regel als dessen Alleinnutzungsberechtigter auf. Die selbständige Stadtpersönlichkeit war damit voll und ganz an die Stelle der Markgenossenschaft getreten [129]).

Die Sondernutzungsrechte der einzelnen Bürger an der Stadtallmende gingen im allgemeinen unter. Nur manchmal erhielten sie sich als „bürgerliche Nutzungen". Diese standen dann aber dem einzelnen lediglich in seiner Eigenschaft als Bürger, als Glied des Eigentümers zu, nicht auf Grund eines privatrechtlichen Titels [130]). Sie waren dann die Folge des politischen Bürgerrechts und kamen deshalb jedem Bürger ohne Rücksicht auf dessen Bedarf gleichmäßig zu [131]). Die Tatsache und der Umfang der Gewährung einer bürgerlichen Nutzung lag aber ausschließlich in der Hand der Stadt.

Dagegen gingen in den kleineren Ackerstädten die Markgenossenschaften gewöhnlich nicht völlig unter [132]). Es bildete sich zwar auch hier eine selbständige Stadtpersönlichkeit — neben der Markgenossenschaft —, die sämtliche bisherigen öffentlich-rechtlichen Aufgaben der Markgenossenschaft übernahm; doch bewahrten sich hier im Gegensatz zu den größeren Städten die Markgenossenschaften ihr genossenschaftliches Gesamteigentum an der Allmende in der alten Form [133]). Die an der Allmende berechtigten Stadtgenossen schlossen sich zu einer für die Zukunft nach außen abgeschlossenen Agrargenossenschaft zusammen [134]). Diese konnte wiederum genossenschaftliches Gesamteigentum oder ein genossenschaftliches Gesamtnutzungsrecht an der Gemeinen

---

129) Gierke, GenR II, S. 682; DPR, S. 586.

130) Gierke, GenR II, S. 684.

131) „Abstufungen waren nur wie beim Bürgerrecht selbst möglich." Gierke, GenR II, S. 684.

132) Gierke, GenR II, S. 688; Stobbe I, S. 444.

133) Maurer, Städteverf. I, S. 198, 255 ff; II, S. 601 ff, 726 ff, 797.

134) Gierke, GenR II, S. 688.

Stadtmark haben. In diesem Fall war das Sonderrecht des einzelnen Genossen dann aber nicht Ausfluß seiner Stellung als Bürger — als Glied der Stadtpersönlichkeit — sondern als Genosse dieser Agrargenossenschaft. Das Genossenrecht war hier meist insofern dinglich verknüpft, als es vom Besitz eines berechtigten Bürgerhauses abhängig war [135]).

Der Unterschied zwischen dem Markenwesen in den Städten und in den Landgemeinden lag darin, daß auf dem Lande die Aufgaben der späteren politischen Gemeinden durch die Markgemeinde wahrgenommen wurden, während in der Stadt sich schon jetzt eine politische Gemeinde im heutigen Sinne — die selbständige Stadtpersönlichkeit — herausbildete, die zu ihren Mitgliedern, zu den Bürgern, sämtliche Anwohner der Stadt rechnete und nicht nur die Eigentümer eines berechtigten Bürgerhauses [136]). Das politische Bürgerrecht der Städter beruhte nicht auf dem Grundbesitz, sondern auf der förmlichen Aufnahme in das Gemeinwesen. Der Grundbesitz allein begründete gar kein Bürgerrecht, wenn nicht der Hausbesitzer auch in der Stadt wohnte, also in die Stadtgemeinde aufgenommen war [137]).

Abschließend läßt sich also zu dem Schicksal der alten Markgenossenschaften in den Städten sagen, daß grundsätzlich mit der Entstehung einer eigenen Stadtpersönlichkeit die Gemeine Mark von der Markgenossenschaft auf die Stadt überging und diese zur Alleineigentümerin wurde, während gewöhnlich den Bürgern oder seltener einer privilegierten Klasse derselben die Nutzung der Allmende als bürgerliche Nutzung oder als Sondernutzung verblieb. Selten und meist nur in kleinen Ackerstädten blieb die alte städtische Markgenossenschaft bestehen, und noch seltener behielt sie dann auch ihre früheren politischen Funktionen. Gewöhnlich existierte sie dann lediglich als reine Agrargenossenschaft weiter.

Soweit die Markgenossenschaften in den Städten dadurch untergegangen waren, daß ihr Vermögen in dem Vermögen der Stadtpersönlichkeit aufgegangen war, und die Nutzung der Allmende nur noch durch die Stadt selbst oder in Form der bürgerlichen Nutzung als Bestandteil des politischen Bürgerrechts erfolgte, verlieren sie von nun an ihr Interesse für die vorliegende Untersuchung.

---

135) Gierke, GenR I, S. 680 ff; GenR II, S. 688. Maurer, Städteverf. II, S. 726, Anm. 4.

136) Gierke, GenR II, S. 693.

137) Gierke, GenR II, S. 692 ff.

D. Die Entwicklung des Markenwesens vom 16.—18. Jahrhundert

I. Die allgemeine Entwicklung in Deutschland

Wie bereits dargestellt wurde, bildeten die ländlichen Markgemeinden etwa zu Beginn des 16. Jahrhunderts Genossenschaften mit einer wirtschaftlichen und einer kommunalen Seite. Sie waren zugleich politische Gemeinwesen und Agrargenossenschaften.

Entsprechend dem Wesen der Gemeindegenossenschaft hatte auch das Genossenrecht untrennbar eine nutzbare Seite — Sonderrecht an der Allmende — und eine politische Seite — Gemeindebürgerrecht —. Das Gemeindebürgerrecht war jedoch mehr ein Anhängsel des dinglichen Nutzungsrechts an der Gemeinen Mark und trat besonders seit der Zeit der Grundherrschaften an Bedeutung hinter letzterem zurück.

Das allgemeine Genossenrecht war in erster Linie von dem Angesessensein in der Mark abhängig und hatte somit eine dingliche Grundlage. Die nicht angesessenen Dorfbewohner gehörten der Genossenschaft nur passiv an: Sie unterstanden der öffentlichen Gewalt der Markgemeinde (Polizeigewalt, Gerichtsbarkeit usw.), hatten aber selten und dann nur als besondere Vergünstigung ohne Rechtsanspruch die Möglichkeit, die Allmende mitzunutzen.

Der Umfang der Zuständigkeit der Markgemeinden in der Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten richtete sich nach ihrer Stellung zu etwaigen Grundherren. Die grundherrlichen und später auch die gemischten Markgemeinden hatten gewöhnlich nur ein Mitwirkungsrecht bei der Gerichtsbarkeit und bei der Ausübung der Polizeigewalt, während die gemeinfreien und freien Markgemeinden eine eigene Gerichtsbarkeit und eine eigene Polizeigewalt — aus eigenem Recht — besaßen. In sachlicher und örtlicher Beziehung waren diese hoheitlichen Befugnisse auf die Gemarkung beschränkt.

Die Haupttätigkeit der Markgenossenschaft lag in der gemeinsamen Verwaltung und Bewirtschaftung der Allmende. Hier waren selbst die grundherrlichen Markgenossenschaften in der Verwaltung nahezu unbeschränkt von grundherrlichen Einwirkungen [138]).

In der Zeit etwa vom 16. Jhdt. — 18. Jhdt. wurde die Entwicklung der Markgemeinden im wesentlichen durch zwei sich gegenseitig bedingende Faktoren beeinflußt, nämlich einmal durch die Aufnahme des römischen Rechts und zum anderen durch das Erstarken der Landesfürsten auf Grund der Idee vom absoluten Staat, oder wie Gierke es ausdrückt, der „obrigkeitlichen Idee“ [139]). Die Rezeption des

138) Vgl. hierüber für Niedersachsen Stüve, S. 111 f.

139) Gierke, GenR I, S. 658.

römischen Rechts und die obrigkeitliche Idee bewirkten Veränderungen der wirtschaftlichen wie auch der politischen Seite der Markgenossenschaften.

Während bis etwa zum 16. Jahrhundert die Entwicklung des Markgemeindewesens in ganz Deutschland eine einheitliche gewesen war, erschienen die Markgemeinden von nun an in allen Teilen Deutschlands in verschiedener Gestalt, da die Einflüsse des römischen Rechts und der „obrigkeitlichen Idee" sich in den einzelnen deutschen Staaten verschieden stark ausgewirkt hatten. Es soll deshalb für diesen Zeitabschnitt über die Entwicklung der Markgemeinden in Gesamtdeutschland nur ein Überblick gegeben werden. Anschließend ist dann des näheren auf die Sonderentwicklung in Niedersachsen einzugehen.

1. Die Einwirkungen auf die wirtschaftliche Seite der Markgenossenschaften.

Das Vermögen der Markgemeinden wurde mit dem Erstarken der Landesfürsten in weitem Umfang der Verfügungsgewalt der Markgenossenschaften entzogen. Durch die Ausübung des Rechts des Königs, die Gemeinen Waldungen „einzuforsten", entstanden umfangreiche Bannforsten, die der Gemeinen Nutzung verschlossen blieben und nur von den innerhalb der Bannforsten Wohnenden genutzt werden durften [140]). Je nach Grenzziehung der Einforstungen konnten so die Markgemeinden ihre Rechte an dem Allmendewald vollständig verlieren.

Wenn auch im allgemeinen zunächst die Landesherren den Markgenossenschaften ihr Nutzeigentum an der Gemeinen Mark beließen, so unterlag es doch mit der Einführung der verschiedenen Regalien (Forstregal, Wasserregal, Bergregal, Fischereiregal, Jagdregal usw.) weitgehenden Einschränkungen [141]). Die Landesherren begründeten ihren Anspruch auf diese Hoheitsrechte mit der ihnen zustehenden, das gesamte Territorium erfassenden Gebietshoheit. Die Gebietshoheit des Landesherrn wurde teilweise sogar soweit ausgelegt, daß sie als Obereigentum an dem gesamten Territorium angesehen wurde. Immer jedoch erlaubte die Gebietshoheit dem Landesherrn im Einzelfall eine unmittelbare Einwirkung auf das Grundeigentum seines Landes [142]).

Aus den verschiedensten Gründen und mit mannigfaltigen Argumenten behaupteten die Territorialfürsten darüberhinaus, wahres Eigen-

140) Maurer, Einl., S. 116.

141) Neben den Regalien beanspruchten die Landesherren häufig noch weitere umfassende Hoheitsrechte, die sich „nur dem Namen, nicht ihrem Inhalt nach von Regalien unterschieden". Gierke, GenR I, S. 660.

142) Gierke, GenR I, S. 659.

tum an dem Vermögen der Markgenossenschaften zu haben. So erklärten die Landesherren teilweise ihren Eigentumsanspruch an der Gemeinen Mark historisch insofern, als die Markgenossenschaften die Gemeinen Marken von den Landesherren nur zur Nutzung erhalten hätten, ohne daß diese ihr Eigentum aufgegeben hätten[144]. Oder sie leiteten aus dem Satz: „res nullius, res publicae" nicht nur weitestgehende obrigkeitliche Rechte, sondern auch ein wirkliches Staatseigentum an den Gemeindeländereien ab[145]. Auch mit dem zu dieser Zeit ausgebildeten Satz, daß herrenlose Sachen dem Fiskus gehörten[146], begründeten die Landesfürsten ihren Anspruch auf ein Staatseigentum an den Allmenden[147].

Nur manchen Markgemeinden gelang es, sich allen Ansprüchen der Landesherren zu widersetzen oder sich im Vergleichs- und Verhandlungswege wenigstens einen Teil ihres Allmendevermögens zu erhalten. Dort, wo die Landesherren die Anerkennung ihres Eigentums an der Gemeinen Mark erreicht hatten, bestanden häufig noch gewisse Nutzungsbefugnisse der Markgemeinden fort[148], die als Rechte an fremder, dem Landesherrn gehörender Sache (Servituten, Prekarien usw.) behandelt wurden[149]. Sehr viele Markgenossenschaften büßten aber außer ihrem Eigentum auch jede Nutzungsbefugnis ein[150]. Diese Markgemeinden verloren ihren eigentlichen Zweck und ihren alten Doppelcharakter. Sie hörten auf, als *Mark*genossenschaften zu bestehen, und konnten sich in der Folgezeit nur noch als rein politische Genossenschaften — als politische Gemeinden — erhalten.

Aber auch soweit die Landesherren keine dinglichen Rechte an der Gemeinen Mark erlangten, erreichten sie in jedem Fall ein Aufsichtsrecht über die Markgemeinden und deren Vermögensangelegenheiten. Auf dem Weg über diese Staatsaufsicht gelangten die Territorialherren im Laufe der Zeit häufig zu einem selbständigen Verfügungsrecht über die Allmende[151]. Die Staatsaufsicht umfaßte inhaltlich zunächst das Genehmigungsrecht bei Verfügungen über die Substanz

143) Löw, S. 51.

144) Thudichum, S. 294 ff.

145) Diesen Grundsatz wandte man bedenkenlos auf alles unbebaute Land an.

146) Maurer, Dorfverf. II, S. 223; Gierke, GenR I, S. 659.

147) Daher stammen auch die Rechtssprichworte: „Dem König die Erde, den Bauern das Holz" oder: „An der Allmend hat der König den Boden, der Bauer den Wald", Gierke, DPR II, S. 50.

148) Thudichum, S. 294 ff.; Gierke, GenR I, S. 660.

149) Heute noch läßt sich die Entstehung vieler Staatsforsten auf diese Zeit zurückführen; Thudichum, S. 297.

150) Maurer, Dorfverf. II, S. 267; Gierke, GenR I, S. 662.

der Allmende[151]). Weiterhin war durch die Forsthoheit die Nutzung der Gemeinen Wälder unter obrigkeitliche Kontrolle gestellt[152]). Die genossenschaftlichen Beamten wurden durch staatliche Förster ersetzt, die nach den landesherrlichen Forstgesetzen Umfang, Art und Zeit der Forstnutzungen bestimmten[153]).

Die Landesherren leiteten, wie gesagt, ihr Aufsichtsrecht über die Markgemeinden in erster Linie aus ihrer Landeshoheit her. Mit der (unberechtigten) Erklärung des Vermögens der Markgenossenschaften zu öffentlichem Gut oder gar zu mittelbarem Staatsvermögen wurde es nach der absolutistischen Staatsidee zu einer Pflicht der Fürsten, für dessen Erhaltung Sorge zu tragen. Durch den Erlaß von Allmende- und Weideordnungen, durch Kulturmandate und Feldbauordnungen, also durch die Regelung und Mitverwaltung der privatwirtschaftlichen Verwaltungsaufgaben der Markgemeinden zeigte der absolutistische Staat, daß er die Zwecke der Markgemeinden *allgemein* — also auch bezüglich ihrer wirtschaftlichen Seite — als öffentliche Angelegenheiten ansah.

Etwa seit dem 17. Jahrhundert setzte sich unter dem Einfluß des rezipierten römischen Rechts fast allgemein die Auffassung durch, daß die Markgenossenschaften juristische Personen seien[154]). Demzufolge sah man dann das bisherige genossenschaftliche Gesamtrecht als Alleineigentum bzw. Alleinnutzungsrecht der Markgemeinde an. Die Markgenossen traten zur Markgemeinde wie zu einer fremden, dritten Person in Beziehung. Die Nutzungsrechte der Mitglieder wurden teilweise als iura singulorum in universitate (als mitgliedschaftliche Sonderrechte), teils als iura singulorum in re aliena constituta angesehen[155]). Daneben wurden jedoch die Markgemeinden teilweise auch als Gemeinschaft von Miteigentümern an der Allmende konstruiert[156]). Nur ganz vereinzelt war die alte deutsch-rechtliche Anschauung vom genossenschaftlichen Gesamteigentum und Gesamtnutzungsrecht gewohnheitsrechtlich so verwurzelt, daß das subsidiär anwendbare römische Recht mit seinen Begriffen der universitas und societas diese nicht verdrängen konnte[157]).

---

151) Das ging teilweise so weit, daß die Markgemeinden gegenüber den Fürsten alljährlich Rechnung legen mußten: Gierke, GenR III, S. 781.

152) Loening, S. 147, 431 f.

153) Maurer, Markverf., S. 404 f.

154) Hübener, S. 112 f.

155) Gierke, GenR I, S. 663.

156) Vgl. Osnabrücker Verordnung vom 4. Juni 1785 bei Maurer, Dorfverf. II, S. 223, Anm. 20. Andere Beisp. bei Gierke, GenR I, S. 664, Anm. 25.

157) Gierke, GenR I, S. 663 ff.

2. Die Einwirkungen auf die öffentlich-rechtliche Seite der Markgemeinden und die Bildung der politischen Gemeinden.

Die mit dem römischen Recht übernommene, im alten deutschen Recht unbekannte theoretische Scheidung von öffentlichem und Privatrecht bewirkte, daß man die Doppelnatur der Markgemeinde als Agrar- und politische Genossenschaft für unvereinbar mit diesem Grundsatz hielt. Delshalb wurden nunmehr die beiden Funktionen der Markgemeinden getrennt von zwei neuen Personengesamtheiten übernommen. Zunächst versuchte man nach der Zweckbestimmung ein rein öffentliches Gemeindeeigentum (ohne Sonderrechte der Markgenossen) von dem mit den nutzbaren Privatrechten der Markgenossen belasteten Grundbesitz zu unterscheiden. Später bildeten sich meist verschiedene Rechtsträger für diese beiden Vermögensmassen. Die altberechtigten Markgenossen bewahrten sich ihre Privatrechte in einer Agrargenossenschaft [158]), während sich die kommunale Seite der Markgenossenschaften in den neuen ausschließlich politischen Gemeinden erhielt, die auch das Grundvermögen mit rein öffentlicher Zweckbestimmung übernahmen [159]).

Teilweise ging jedoch auch das gesamte Vermögen der Markgenossenschaft auf die politischen Gemeinden über. Während die politische Gemeinde dann als Eigentümerin der Allmende erschien, standen den ehemaligen Markgenossen nur auf privatrechtlichem Titel beruhende Nutzungsrechte in der Form von Servituten, Prekarien usw. am Eigentum der politischen Gemeinde zu, oder sämtliche privatrechtlichen Nutzungsrechte wurden kassiert, und *allen* Bürgern der politischen Gemeinde stand auf Grund ihres Gemeindebürgerrechts die Nutzung der Allmende offen [160]) [161]).

Auf Grund der neuen politisch-philosophischen Anschauungen — der obrigkeitlichen Idee — beanspruchten die Territorialherren für sich alle öffentliche Gewalt. Ihnen stand die Bestimmung darüber zu,

158) Seltener entwickelten sich die Allmendeberechtigungen unter dem Einfluß des Römischen Rechts zu Miteigentumsanteilen oder selbständigen Nutzungsrechten an der Gemeinen Mark ohne genossenschaftlichen Zusammenhang (Servituten der einzelnen Markberechtigten), vgl. Gierke, GenR I, S. 663 f.

159) Gierke, GenR I, S. 683 ff.

160) Loening, S. 431 f.

161) Hier handelt es sich dann um „bürgerliche Nutzungen" am Gemeindevermögen; Gierke, GenR I, S. 663, 683 ff. Schon im Mittelalter stellten manche die Nutzungsrechte an der Allmende mit den öffentlichen Gebrauchsrechten an Straßen und Plätzen völlig gleich. Vgl. Gierke, GenR II, S. 447 ff.

was dem öffentlichen Wohle diente und was zu den öffentlichen Angelegenheiten zu zählen sei. Die von den Markgemeinden bis dahin wahrgenommenen öffentlichen Angelegenheiten zogen sie nach Erklärung zu öffentlichen Aufgaben in ihren eigenen Zuständigkeitsbereich. Soweit die Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten den Markgemeinden vom Landesherrn belassen wurde, nahmen sie diese nur im Auftrage des Territorialfürsten, nicht mehr als eigene Angelegenheiten wahr. Sie hatten bei der Handhabung der öffentlichen Gewalt jede Selbständigkeit verloren. Die Entwicklung vollzog sich jedoch nur allmählich auf dem Wege über eine immer stärker werdende Bevormundung durch den Staat in allen kommunalen Angelegenheiten [162]).

Der Vorsteher der Markgemeinde wurde gewöhnlich zum staatlichen Beamten [163]). Er führte die Anweisungen des Landesherrn aus; ihm oblag die Aufsicht darüber, daß die landesherrlichen Polizeiordnungen (Wegepolizei-, Baupolizeiordnungen usw.) beachtet wurden.

Die wenigen Markgerichte, die in der grundherrlichen Zeit nicht verschwunden waren, verloren ebenfalls ihre Selbständigkeit. Sie wurden zu staatlichen Gerichten, die im Namen des Fürsten Recht sprachen [164]). Schließlich verloren die Markgemeinden größtenteils auch ihre Autonomie in Markangelegenheiten [165]).

Sofern sich neben den Markgenossenschaften politische Gemeinden gebildet hatten, übernahmen diese alle öffentlichen Aufgaben der Markgemeinden, soweit sie nicht schon der Landesfürst für sich persönlich in Anspruch genommen hatte. Die Markgenossenschaften wurden dann zu reinen Agrargenossenschaften. Aber auch die neu entstandenen politischen Gemeinden übten die ihnen delegierte öffentliche Gewalt nicht kraft eigenen Rechts aus, sondern im Auftrag und im Namen der Obrigkeit. Bis zur Gemeindegesetzgebung des 19. Jahrhunderts, die hier eine Änderung brachte, waren die politischen Gemeinden ihrer Natur nach nur unselbständige Staatsanstalten. Erst die Gemeindegesetze des 19. Jahrhunderts brachten den politischen Gemeinden eine gewisse Selbständigkeit und eine Stellung als wahre Selbstverwaltungskörper [166])

---

162) Maurer, Einl., S. 336; Gierke, GenR I, S. 661.

163) Gierke, GenR I, S. 666.

164) Maurer, Markverf., S. 423; Dorfverf. II, S. 115 f, 186 f.

165) Gierke, GenR I, S. 661 f, 667 f.

166) Gierke, GenR I, S. 693 ff; a. A. Becker, S. 120, der nachzuweisen versucht, daß die Dorfgemeinden ihr Recht auf Selbstverwaltung nicht verloren haben; ebenso Steinbach-Becker, S. 73 ff.

II. Die Sonderentwicklung der Markgemeinden in Niedersachsen

1. Die Einwirkungen auf die privatrechtliche Seite der Markgenossenschaften

In Niedersachsen waren die Markgemeinden in der Zeit des Erstarkens der Territorialfürsten den gleichen Einwirkungen und Veränderungen in bezug auf ihre privatrechtlich-wirtschaftliche Seite ausgesetzt wie im übrigen Deutschland. Auch hier setzte sich im allgemeinen die Ansicht durch, daß den Markgemeinden eine eigene Rechtspersönlichkeit zukomme [167]). Die Markgemeinden wurden gewöhnlich als universitates inordinatae angesehen [168]) [169]).

Wie im übrigen Deutschland versuchten auch in Niedersachsen die Landesherren unter den verschiedensten Vorwänden, Einfluß auf die Wirtschaftsführung der Markgenossenschaften [170]) oder gar Eigentum an den Allmenden zu erlangen. Tatsächlich ging auch in vielen Fällen das Eigentum an der Gemeinen Mark auf den Landesherrn über [171]). Im Vergleich zu den anderen deutschen Ländern wurde jedoch in Niedersachsen den Markgemeinden ihr Grundvermögen seltener durch die Landesherren genommen [172]).

Außerdem erlangten die Landesherren auch in Niedersachsen besondere Hoheitsrechte und Regalien, durch die die Nutzung des Allmendeeigentums der Markgenossenschaften erheblich eingeschränkt wurde. Zur Sicherung ihrer Rechte aus den Regalien und Hoheitsrechten beanspruchten die Fürsten hier Aufsichtsrechte über die Wirtschaftsführung, also über die privatwirtschaftliche Funktion der Markgemeinde [173]). Ein weiterer Grund für das Entstehen dieser staat-

---

167) Wittig, S. 117; Stüve, S. 107, berichtet außerdem von Fällen, in denen die Markberechtigung lediglich zum Servitut geworden ist.

168) Vgl. hierzu Stenographische Berichte 1888, Herrenhaus, Anlagen, S. 125; Haus der Abgeordneten, Anlagen, S. 1841; siehe auch Münchmeier in Magazin für Deutsches Recht der Gegenwart, 11. Band, 1882, S. 36.

169) Eine Ausnahme machte hier die Osnabrücker Verordnung vom 4. Juni 1785 bei Maurer, Dorfverf. II, S. 223, Anm. 20, die eine eigene Rechtspersönlichkeit der Markgemeinden verneinte und dieselben als Gemeinschaft von Miteigentümern behandelte.

170) Stüve, S. 127.

171) Hauptsächlich handelt es sich hier aber um die großen Gemeinen Marken, die mehrere Dorfschaften oder Bauernschaften umfaßten; Thudichum, S. 299; Gierke, GenR I, S. 660.

172) Vgl. die in der Lit. angef. Beispiele bei Thudichum, S. 294 ff, Maurer, Markverf., S. 446 ff, Gierke, GenR I, S. 659 ff.

173) Wittich, S. 118, 138.

lichen Aufsicht dürfte schließlich noch der gewesen sein, daß in Niedersachsen, wie zu zeigen sein wird, die Markgemeinden ihre Doppelnatur als wirtschaftliche und politische Genossenschaft noch nicht verloren hatten, und daß deshalb die Staatsaufsicht über die kommunale Seite der Markgemeinden die mit der öffentlich-rechtlichen Seite verbundene wirtschaftliche Seite gleichzeitig erfaßte.

2. Die Veränderungen des öffentlich-rechtlichen Status der Markgenossenschaften

Die Entwicklung des Markenwesens in Niedersachsen in der Zeit vom 16. Jhdt. bis zum 18. Jhdt. ist dadurch gekennzeichnet, daß hier im Gegensatz zu den anderen Teilen Deutschlands die Markgemeinden noch nicht sämtliche öffentlich-rechtlichen Aufgaben verloren hatten [174]). Die Bildung der politischen Gemeinden und die Übernahme der kommunalen Funktionen der Markgemeinden durch diese erfolgte hier erst mit der Gemeindegesetzgebung des 19. Jahrhunderts. Bis dahin war es auch nicht, wie teilweise in anderen deutschen Ländern, stillschweigend (durch Zuweisung öffentlich-rechtlicher Aufgaben an den Personenkreis *aller* Dorfbewohner) zur Bildung einer politischen Gemeinde gekommen. Nach wie vor nahm die lediglich aus den Markgenossen (also bei weitem nicht allen Dorfbewohnern) bestehende (Mark-)„Gemeinde" die öffentlich-rechtlichen gemeindlichen Aufgaben wahr.

Dennoch verloren die Markgenossenschaften auch hier viele ihrer alten hoheitlichen Rechte an die Landesherren [175]), soweit sie diese behielten, unterstanden sie jedenfalls „der eifrigsten Bevormundung" des Staates [176]). Die Wahrnehmung dieser öffentlich-rechtlichen Aufgaben, die der Landesherr an sich gezogen hatte, oblag in Niedersachsen nunmehr dem Amt, einer staatlichen Behörde mit einem Verwaltungsbezirk, der seiner Größe nach etwa unserem heutigen Landkreis entspricht [177]). Durch die Ämter übte der Staat auch seine immer stärker

174) Stüve, S. 119 ff; Sten. Berichte 1888, Herrenhaus, Anlagen, S. 120. A. A. Loeb-Caldenhof, S. 18 f, der die Auffassung vertritt, daß mit dem Vordringen der obrigkeitlichen Idee die Markgemeinden in Niedersachsen ihres öffentlich-rechtlichen Charakters völlig entkleidet wurden. Das läßt sich jedoch für Hannover nicht sagen, da bis zur Gemeindegesetzgebung des 19. Jahrhunderts überhaupt noch keine Institution geschaffen worden war, die die kommunalen Aufgaben der Markgemeinden auf der untersten Ebene hätte übernehmen können.

175) v. Meier, S. 586.

176) Wittich, S. 118. Gegen diese Entwicklung wurde besonders von Stüve, S. 129 ff, polemisiert.

177) Wittich, S. 147 ff; v. Meier, S. 311 ff.

werdende Aufsicht über die Erfüllung der den Markgemeinden verbliebenen bzw. übertragenen öffentlichen Aufgaben aus.

Die Markgemeinden hatten in Niedersachsen ihre genossenschaftliche Struktur behalten. Sie blieben Körperschaften, wenn sie auch gerade in Beziehung auf ihre öffentlich-rechtlichen Funktionen den größten Teil ihrer alten Selbständigkeit einbüßten. Ihre Stellung als gleichzeitig im wesentlichen selbständige Agrargenossenschaft verhinderte jedoch, daß sie hinsichtlich ihrer kommunalen Funktion als „Gemeinde" eine rein anstaltliche Natur erhielt[178]). Soweit die Markgemeinden ihre eigene Gerichtsbarkeit nicht schon zur Zeit der Grundherrschaften an die adligen und Patrimonialgerichte verloren hatten, gingen diese nunmehr auf die staatlichen Unter- und Obergerichte über[179]). Den Markgemeinden blieben lediglich polizeistrafrechtliche Befugnisse. Dabei handelte es sich vornehmlich um die Ahndung leichter Vergehen und Übertretungen[180]). In diesen Fällen konkurrierte die Markgerichtsbarkeit mit der staatlichen Gerichtsbarkeit[181]), so daß eine doppelte Bestrafung erfolgen konnte. Neben dieser polizeistrafrechtlichen Gerichtsbarkeit entschied die Markgenossenschaft weiterhin noch in zivilrechtlichen Streitigkeiten über Feldsachen (besonders bei Abpflügen). Gegenüber den verbliebenen richterlichen Entscheidungen der Markgemeinde konnten die Betroffenen nunmehr aber an das staatliche Gericht erster Instanz appellieren[182]).

Auch hinsichtlich ihrer autonomen Befugnisse erlitten die niedersächsischen Markgemeinden erhebliche Beschränkungen. Waren bis zum 16. Jahrhundert die Markgenossen in dem Erlaß ihrer Bauernwillküren vollkommen frei (abgesehen von evtl. grundherrlichen Beschränkungen), sofern sie nur dem bestehenden öffentlichen Recht nicht zuwiderliefen, so wurde der Kreis der durch die Markgemeinden autonom zu regelnden Angelegenheiten mit der Erweiterung der landesherrlichen öffentlichen Befugnisse und der damit verbundenen Erweiterung der gesetzgebenden Gewalt des Fürsten ständig enger begrenzt. Mit dem 18. Jahrhundert bedurften regelmäßig in Niedersachsen die Bauernwillküren der Bestätigung des Amtes[183]).

---

178) Wittich, S. 119.

179) Stüve, S. 121 ff.

180) Wittich, S. 134.

181) Wittich, S. 131.

182) Wittich, a. a. O.; im übrigen Oppermann in Ztschr. f. Deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft, 11. Bd., 1847, S. 66 ff, betr. das Amt Hoya.

183) Wittich, S. 130.

Auf dem kommunalen Sektor blieben den Markgemeinden aber noch vielfältige Aufgaben, die auch nach heutigen Begriffen zu den gemeindlichen Funktionen zählen würden. Unter den administrativen Aufgaben lassen sich solche unterscheiden, die die Markgemeinde selbständig kraft eigenen Rechts, und solche, die sie im Interesse und Auftrage des Staates erfüllte [184]). Die Grenzen waren jedoch flüssig. Kraft eigenen Rechts übten die Markgemeinden vornehmlich Polizeibefugnisse aus. Aber auch hier waren ihnen manche alten Rechte von den Ämtern genommen worden. Die Markgemeinden nahmen jedoch weiter die Baupolizei, Feuerlöschpolizei, Fremdenpolizei und Wegepolizei wahr. Außerdem war den Gemeinden die Pflege des Schul- und Armenwesens übertragen [185]). Darüber hinaus waren an neuen gemeindlichen Aufgaben entstanden: Die Umlegung der öffentlichen Abgaben (Kontributionen, Steuern) und öffentlichen Leistungen (Einquartierung) auf die Dorfbewohner und unter Umständen auch auf die Nichtmarkgenossen. Die Markgemeinden (nicht die einzelnen Markgenossen) waren dem Staat gegenüber zu den öffentlichen Leistungen und Abgaben verpflichtet. Auch hierin zeigt sich, daß die Markgemeinden inzwischen als juristische Personen angesehen wurden [186]).

In der Zeit vom 16. bis 18. Jhdt. erlangte der *Bauermeister* in Niedersachsen eine Doppelstellung. Er wurde neben seiner Stellung als Vorsteher und Geschäftsführer der Markgemeinde zum Organ des „Amtes". Durch das Amt wurde er auch gewöhnlich ernannt oder doch wenigstens von dort nach der Wahl durch die Gemeinde bestätigt [187]). Als Beamter des Amtes hatte er die der Markgemeinde übertragenen staatlichen Angelegenheiten wahrzunehmen [188]). Seine Hauptaufgabe war die Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung im Dorfe [189]).

---

184) Wittich, S. 137 ff.

185) Diese Aufgaben waren teilweise auch den Kirchspielen übertragen. Stüve, S. 132.

186) Wittich, S. 139 ff, 119; Stüve, S. 123 ff.

187) v. Meier, S. 586; Hagemann, S. 26.

188) Wittich, S. 127 f.

189) In einer Bauermeisterinstruktion findet sich folgende Zusammenstellung seiner Aufgaben: „Werden Untertanen bestohlen, fallen an öffentlichen Orten Schlägereien vor, werden Weibspersonen in Unpflichten schwanger, schießet einer im Dorfe, erstrecken sich Hochzeiten über zwei Tage, ergibt sich ein Untertan dem Spiel und Trunk, dulden Leute in ihren Häusern Saufgelage, beherbergen liederliches Gesindel, verkauft einer ein unter acht Tagen altes Kalb, geht ein Jude mit Fleisch hausieren, oder findet sich ein rasender, auf der Stelle zu verfolgender Hund ein, so erwartet das Amt schleunige Anzeige." Wittich, S. 143 f.

E. Die Bildung der politischen Gemeinden im Königreich Hannover und die Entwicklung der alten Markgemeinden zu reinen land- und forstwirtschaftlichen Genossenschaften

I. Die Notwendigkeit der Gründung von politischen Gemeinden im 19. Jahrhundert

Zur Wahrnehmung der lokalen öffentlichen Aufgaben wurden zu Beginn des 19. Jhdts. in allen deutschen Staaten durch den Gesetzgeber die politischen Gemeinden als Selbstverwaltungskörperschaften konstituiert. Durch die Gemeindegesetzgebung gewann die bis dahin nur durch Spezialgesetze faktisch entstandene Einheit aller Dorfbewohner eine klare Rechtsform. Zugleich aber wurde der polizeistaatliche anstaltliche Charakter der politischen Gemeinden beseitigt, und ein Mitwirkungsrecht aller Gemeindeangehörigen bei den kommunalen Aufgaben wurde eingeführt. Der Gegensatz in der personellen Zusammensetzung zwischen den politischen Gemeinden und den etwa noch bestehen gebliebenen Markgenossenschaften wurde durch die Landgemeindegesetze noch einmal ausdrücklich hervorgehoben [190]).

Im Königreich Hannover, auf das sich von nun an die weitere Bearbeitung beschränkt, nahm zu Beginn des 19. Jahrhunderts im Unterschied zu den übrigen deutschen Staaten die Markgemeinde noch einen erheblichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten wahr, die nach unseren heutigen Begriffen Aufgaben der politischen Gemeinde gewesen wären. Eine politische Gemeinde, in der alle Dorfbewohner politische Rechte genossen, bestand überhaupt noch nicht. Träger der lokalen öffentlichen Gewalt war die Markgemeinde, eine privilegierte Kaste der Dorfbewohner. Nur die Eigentümer der altberechtigten „Reihehäuser" bestimmten in allen lokalen öffentlichen Angelegenheiten [191]). Im allgemeinen trugen nur sie die öffentlichen Lasten. Teilweise wurden jedoch auch die angesessenen (grundbesitzenden) Nichtmarkgenossen zu den Gemeindelasten herangezogen. Den Anordnungen der Markgemeinde jedenfalls unterstanden alle Dorfbewohner.

Mit der ständigen Zunahme der nicht-markberechtigten Dorfbewohner wuchsen die Spannungen zwischen den Markgenossen und den anderen Dorfbewohnern. Letztere verlangten ein Mitwirkungsrecht bei der

---

190) Vgl. hierzu Weiske, Sammlung der neueren teutschen Gemeindegesetze, S. XXVII.

191) v. Meier, S. 588, führt aus, daß manchmal auch einzelne grundbesitzlose Hintersassen ein Stimmrecht in kommunalen Angelegenheiten gehabt hätten; nach v. Bening, S. 44, gilt dies nur, soweit sie zu den Gemeindelasten mit herangezogen wurden.

Erledigung der öffentlichen Angelegenheiten. Sie wollten nicht nur Objekte der öffentlichen Selbstverwaltung sein, sondern selbst in den gemeindlichen Angelegenheiten mitbestimmen. Die Markgenossen aber bestanden auf ihren althergebrachten Rechten und kamen von sich aus nicht den Forderungen der An- und Abbauern, der Mietlinge und des Gesindes entgegen. Als alleinige Träger der öffentlichen Lasten wollten sie auch allein die öffentliche Gewalt ausüben. Sie gewährten weiterhin den Zugezogenen keine aktiven Gemeindebürgerrechte. Eine Umbildung der Markgemeinden und Neubildung der politischen Gemeinden mußte wegen der fehlenden Einsicht der Markgemeinden deshalb von oben her auf dem Gesetzeswege angeordnet werden. Die Markgenossen setzten damit selbst die Ursache dazu, daß die Markgemeinden in der Folgezeit ihre kommunalen Aufgaben an eine neu zu bildende Körperschaft verloren.

Vor allem im Zusammenhang mit dem Armenwesen gewann der Kampf der nicht-markberechtigten Dorfbewohner mit den Markgenossen an Bedeutung. Grundsätzlich erklärten die Markgemeinden die Versorgung der Armen, Kranken und Gebrechlichen, soweit diese nicht Markgenossen waren, als Angelegenheit der Kirche und der jeweiligen Dienstherren [192]). Durch obrigkeitliche Anordnungen wurde dann zunächst den Kirchspielen und später den Gemeinden die Sorge für ihre Armen übertragen [193]). Damit erlangte aber das Wohnrecht in einem Dorfe besondere Bedeutung, da die Markgemeinde nunmehr für die im Dorfe wohnberechtigten Armen sorgen mußte. Aus Sorge vor späterer Zahlung von Armenunterstützung erschwerten die Markgemeinden den Zuzug, und bei Eintritt der Armut eines Nichtmarkgenossen bestritten sie dessen Wohnrecht im Dorfe [194]). Aus diesem Grunde war eine gesetzliche Regelung erforderlich, die klarstellte, unter welchen Umständen das Wohnrecht erworben wurde. Im Königreich Hannover geschah dieses mit der Domizilordnung vom 6. Juli 1827 (Hann. GS. I, S. 69). Hier liegt der Anfang der Herausbildung von politischen Ortsbürgergemeinden insofern, als der Kreis der Dorfbewohner und Angehörigen der zukünftigen politischen Gemeinden erstmalig fest umgrenzt wurde. Zugleich wird aber auch „das Recht, an einem Ort zu wohnen", normiert (§ 1 der Domizilordnung). Die Domizilordnung stellt bezeichnenderweise ausdrücklich heraus, daß das Wohnrecht an sich noch keine Markberechtigung liefert (§ 3 a. a. O.).

---

192) Stüve, S. 132 f.
193) Stüve, S. 133.
194) Noltemeier, S. 8.

II. Die Landgemeindegesetzgebung im Königreich Hannover

Der Kreis der Domizilberechtigten erfuhr in der Folgezeit auf Grund der Verfassungs- und Gemeindegesetze seine Anerkennung als juristische Person, als politische Gemeinde[195]). Im Staatsgrundgesetz vom 26. September 1833 (Hann. GS. I, S. 286) wurden erstmals die Aufgaben der politischen Gemeinden zusammengestellt. Nach § 54 a. a. O.[196]) handelte es sich bei den Aufgaben der politischen Gemeinden um öffentliche Angelegenheiten, deren Wahrnehmung bisher den Markgemeinden oblag, wie insbesondere die Regulierung der inneren Gemeindeverhältnisse, Gemeindeabgaben und Leistungen und die Teilnahme an der Flur- und Feldmarkspolizei.

Am 6. August 1840 erging das Landesverfassungsgesetz (Hann. GS. I, S. 141), das durch die Verfassungsnovelle vom 5. September 1848 (Hann. GS. I, S. 261) abgeändert wurde. Die kommunalen Aufgaben wurden durch § 60 erheblich reduziert, durch die Verfassungsnovelle jedoch wieder erweitert. Die wesentlichste Bestimmung in dem hier interessierenden Zusammenhang stellten die §§ 45, 54 des Landesverfassungsgesetzes vom 6. August 1840 dar. In § 45 a. a. O. wurde ausdrücklich gesagt, daß grundsätzlich jeder Landeseinwohner, jedes Grundstück und jedes Haus in Beziehung auf die öffentlichen Verhältnisse einer Gemeinde (d. h. einer politischen Gemeinde) angehören müßten. Unter bestimmten Voraussetzungen konnten die bestehenden Exemtionen von den oberen Verwaltungsbehörden aufrecht erhalten werden.

In den Landgemeindegesetzen vom 4. Mai 1852 (Hann. GS. I, S. 83) und vom 28. April 1859 (Hann. GS. I, S. 393)[197]) erfuhr das Landgemeindewesen seine weitere rechtliche Ausgestaltung. In § 1 des Landgemeindegesetzes vom 28. April 1859 wurde noch einmal herausgestellt, daß „Gegenstand des Gesetzes die öffentlichen Verhältnisse der Landgemeinden sind". Hiermit wurde die Übertragung der öffentlich-rechtlichen Seite der Markgemeinden auf die politischen Gemeinden besonders unterstrichen. Die öffentlich-rechtlichen Aufgaben sollten nunmehr ausschließlich die politischen Gemeinden wahrnehmen.

Zu der wirtschaftlichen Seite der Markgemeinden sagten die §§ 60, 62 des Landgemeindegesetzes vom 28. April 1859 folgendes:

§ 60

„Zum Gemeindevermögen gehört alles, was der Gemeinde als solcher zusteht.

---

195) Weiske, S. LIV ff.

196) abgedruckt bei v. Meier, S. 589.

197) abgedruckt bei Ebert, S. 244 ff.

Verschieden vom Gemeindevermögen ist das Vermögen, welches den Gemeindegliedern oder einzelnen Klassen derselben oder sonstigen Genossenschaften zusteht."

§ 62

„Sind bisher aus dem Genossenschaftsvermögen Verwendungen für die Gemeindelasten erfolgt, so ist ein jenen entsprechender Teil dieses Vermögens zu gleichem Zwecke auszuscheiden, oder das Vermögen mit einer entsprechenden Rente oder Leistung zu belasten ..."

Damit war einerseits anerkannt, daß nicht die politische Gemeinde (also praktisch der gesamte Kreis der Dorfbewohner) das Vermögen der Markgemeinde übernahm, und andererseits, daß die Markgemeinde unter Verlust ihrer kommunalen Funktion in der alten Weise und in der alten personellen Zusammensetzung fortbestand. Die alte Markgemeinde, die bislang häufig auch die Bezeichnung Gemeinde trug, wurde zur Unterscheidung nunmehr gewöhnlich mit Rücksicht auf die dingliche Bindung der Markberechtigung *Realgemeinde* genannt. Doch war dies durchaus nicht eine einheitliche Übung; denn gerade die gleichmäßige Bezeichnung der Markgemeinde und der politischen Gemeinde als „Gemeinde" (z. B. in Rezessen) führte in der Folgezeit noch zu mancherlei Verwirrung.

Als Ergebnis der Landgemeindegesetzgebung kann demnach festgestellt werden, daß neben den Markgemeinden in den einzelnen Ortschaften politische Gemeinden aus allen Domizilberechtigten gebildet worden waren. Während die Realgemeinde die wirtschaftliche Seite der alten Markgenossenschaft fortführte, übernahm die politische Gemeinde alle früheren kommunalen Aufgaben der Markgemeinde.

Anfangs war damit jedoch noch nicht den Markgenossen die Möglichkeit genommen, entscheidenden oder gar alleinigen Einfluß auf die Selbstverwaltung der politischen Gemeinden zu nehmen. Nach dem Landgemeindegesetz vom 28. April 1859 bemaß sich das Stimmrecht in der Gemeindeversammlung nach der Größe des Grundbesitzes. Nicht stimmberechtigt waren alle unselbständigen Dorfbewohner (§ 8 Abs. 2 a. a. O.), d. h. auch alle diejenigen, die in Kost und Lohn standen (§ 10 Ziff. 3 a. a. O.). Die Stimmberechtigten waren in drei Klassen eingeteilt, wovon die eine durch die nichtansässigen Gemeindemitglieder (soweit sie überhaupt stimmberechtigt waren: selbständige Handwerker, Pfarrer usw.) gebildet, die anderen beiden Klassen durch die Grundbesitzer dargestellt wurden. Die Stimmenzahl der Nichtansässigen durfte ein Drittel derjenigen der Grundbesitzer nicht übersteigen (§ 17 a. a. O.).

Wenn schon durch die Stimmrechtsregelung des Landgemeindegesetzes den Markgenossen bei der Verwaltung der politischen Gemeinden ein erhebliches Übergewicht zukam, so konnte fakultativ durch obrigkeitlich genehmigten Gemeindebeschluß, wenn auch unter Zustimmung der Nichtmarkgenossen, festgestellt werden, daß „gewisse Klassen der Gemeindemitglieder" (die Markgenossen) allein das Stimmrecht hatten, wenn sie auch allein die öffentlichen Lasten bestritten (§ 11 a. a. O.).

Die Verwaltung der öffentlichen Angelegenheiten war dann weiterhin in den Händen der Markgemeinde. Die Markgenossen trugen allein die Gemeindelasten, übten aber auch allein das Stimmrecht aus. In der Praxis wurde in diesem Fall häufig sogar weiterhin ein einheitlicher Haushaltsplan für die Realgemeinde und die politische Gemeinde aufgestellt, eine einheitliche Rechnungslegung gegenüber der Obrigkeit durchgeführt und das Amt des Vorstehers der Realgemeinde mit dem der politischen Gemeinde zusammengelegt. Auch wurde meist die von der Obrigkeit angeordnete Einrichtung von kommunalen Anlagen, wie Armenhäusern, Schulen, Feuerteichen usw., auf Grundstücken und mit Mitteln der Realgemeinde ausgeführt[198]), da ja die stimmberechtigten und abgabepflichtigen Gemeindebürger mit den Realgemeindemitgliedern identisch waren. Juristisch ging durch die Anlage einer solchen Einrichtung das Eigentum an dem betreffenden Grundstück der Realgemeinde auf die politische Gemeinde — für den Außenstehenden meist nicht erkennbar — über; denn die Realgemeindemitglieder waren in einem solchen Fall für die von der Realgemeinde nunmehr zu unterscheidende politische Gemeinde tätig geworden. Sie erfüllten hierbei deren Obliegenheit. Aus den Umständen ergab sich, daß sie hierbei im Namen der von ihnen ebenfalls repräsentierten politischen Gemeinde handelten.

Wurde durch einen Gemeindebeschluß die Stimmrechtsregelung so vorgenommen, daß nur die Markgenossen die öffentlichen Lasten trugen und ein Stimmrecht in der Gemeindeversammlung hatten, so blieb praktisch, wenn auch nicht rechtlich, alles beim Alten. Die juristische Trennung von politischer Gemeinde und Realgemeinde war dann nicht erkennbar. Durch die allgemeine Stimmrechtsregelung des Landgemeindegesetzes vom 28. April 1859 und durch die häufige Inanspruchnahme der Möglichkeit des § 11 a. a. O. erschienen nach außen weiterhin gewöhnlich die Realgemeinde und die politische Gemeinde als eine Einheit[199]). Das Vermögen beider wurde als einheit-

198) Bullermann, S. 7.

199) Vgl. Münchmeier in: Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, II. Bd., 1882, S. 39; RG PrVBl 1885, S. 216; Brüning, S. 53 f.

liches Ganzes behandelt, was später noch manche Unklarheiten herbeiführen sollte [200]).

Als dann in der Folgezeit bei der Zunahme des Interesses der Allgemeinheit an den kommunalen Angelegenheiten die minderberechtigten Klassen der Dorfbewohner von der Möglichkeit des § 11 a. a. O. keinen Gebrauch mehr machten und gegen Mitübernahme der Gemeindelasten das Stimmrecht erwarben, vertraten sie die Auffassung, daß das Grundvermögen der Realgemeinde der politischen Gemeinde zustünde. Als nunmehr stimmberechtigte Bürger der politischen Gemeinde wollten sie auch auf die Verwaltung der Realgemeinde Einfluß ausüben, darüber hinaus auch selbst die Gemeine Mark nutzen. Dabei verkannte man, daß durch die Landgemeindegesetzgebung zwei selbständige Rechtspersonen mit eigenem Vermögen entstanden waren, und daß durch die Anerkennung des Fortbestehens der Markgenossenschaft als Realgemeinde auch die Allmendeberechtigung als ausschließliches Privatrecht der Markgenossen anerkannt worden war [201]).

F. Die Gemeinheitsteilungen

I. Die Durchführung der Gemeinheitsteilungen

Mit dem Anfang des 19. Jahrhunderts setzten — gleichzeitig mit der Entstehung der politischen Gemeinden aus den Markgemeinden — Bestrebungen ein, die die Auflösung der Markgenossenschaften und die Verteilung der „Gemeinheiten" zum Ziele hatten. Die Gemeinheitsteilungen wurden von der Gesetzgebung bewußt gefördert und führten zum Untergang des größten Teils der Realgemeinden und zur Umbildung der gesamten landwirtschaftlichen Besitzverhältnisse.

Unter Gemeinheitsteilungen versteht man in erster Linie die Aufteilung der Allmenden (Gemeinheiten) unter die Markgenossen oder einzelne Gruppen derselben. In einem weiteren Sinne spricht man aber von Gemeinheitsteilungen auch bei den Verkoppelungsverfahren und bei den Verfahren zur Ablösung der guts- und grundherrlichen Lasten im Zuge der Bauernbefreiung [202]), da diese Verfahren zunächst (wenn auch nur in beschränktem Umfange) ebenfalls in den sogenannten Gemeinheitsteilungsordnungen mitgeregelt und mit den eigentlichen Gemeinheitsteilungsverfahren verbunden wurden.

---

200) Bullermann, S. 5ff.

201) In diesem traditionell gewordenen Irrtum liegt auch wohl heute noch ein Hauptgrund für die Forderung der politischen Gemeinden auf Überführung des Vermögens der Realgemeinden.

202) Peltzer, Gesetz über die Landeskulturbehörden, S. 13.

Ausgelöst durch die Französische Revolution setzten sich überall Bestrebungen durch, den genossenschaftlichen Gedanken zu verdrängen und stattdessen das Wirken des einzelnen Individuums in den Vordergrund zu stellen [203]). In der Nutzung der Gemeinen Mark hatten sich bei den Markgenossenschaften dadurch Mißstände herausgebildet, daß die Allmendenutzung häufig ohne Rücksicht auf die Erhaltung und Sicherung des Ertrages für die Zukunft und kommende Generationen erfolgte. Dies sah man als typische Erscheinung einer genossenschaftlichen Bewirtschaftung an [204]). Mit der Aufteilung der Allmende unter die einzelnen Genossen erhoffte man eine wirtschaftlichere Nutzung der Teilstücke.

Ihren gesetzlichen Niederschlag fanden diese Bestrebungen in den Gemeinheitsteilungsordnungen des vergangenen Jahrhunderts:

1. Gemeinheitsteilungsordnung für das Fürstentum Lüneburg vom 25. Juni 1802 [205]);
2. Gemeinheits- und Markenteilungsordnung für das Fürstentum Osnabrück vom 25. Juni 1822 (Hann. GS. I, S. 219) ausgedehnt auf das Herzogtum Arenberg-Meppen, Grafschaft Bentheim, Vogtei Emsbüren durch Verordnung vom 12. August 1835 [205]) und auf die Niedergrafschaft Lingen durch Verordnung vom 27. Oktober 1838 [205]);
3. Gemeinheitsteilungsordnung für die Fürstentümer Calenberg, Göttingen und Grubenhagen, das Fürstentum Hildesheim und die Grafschaften Hoya und Diepholz vom 30. April 1824 (Hann. GS. I, S. 111, 221, 329);
4. Gemeinheitsteilungsordnung für die Herzogtümer Bremen und Verden vom 26. Juli 1824 (Hann. GS. III, S. 125) [206]).

Die Gemeinheitsteilungsordnungen wurden ergänzt durch folgende Gesetze und Verordnungen:

1. Gesetz über das Verfahren in Gemeinheitsteilungs- und Verkoppelungssachen vom 30. Juni 1842 (Hann. GS I, S. 145);
2. Gesetz über die Zusammenlegung der Grundstücke vom 30. Juni 1842 (Hann. GS. I, S. 148);
3. Verordnung über die bei Ablösung der grund- und gutsherrlichen Lasten und Regulierung der bäuerlichen Verhältnisse zu befol-

---

203) Loeb-Caldenhof, S. 21.

204) Heyer, S. 4.

205) Diese Gesetze sind nicht in der amtlichen Gesetzessammlung veröffentlicht worden; vgl. aber unten Anm. 206.

206) Sämtlich abgedruckt in den Sammlungen der Landesoeconomiegesetze von Heyer, a. a. O., und Walbaum, a. a. O.

genden Grundsätze vom 10. November 1831 (Hann. GS. I, S. 209);

4. Ablösungsordnung vom 23. Juli 1833 (Hann. GS. I, S. 147);
5. Gesetz betreffend die Abstellung der Wiesenberechtigungen vom 15. April 1848 (Hann. GS. I, S. 201);
6. Gesetz betreffend die Abstellung der Weiderechte vom 8. November 1857 (Hann. GS I, S. 423);
7. Gesetz betreffend die Abstellung der auf Forsten haftenden Berechtigungen und Teilung der gemeinschaftlichen Forsten in der Prov. Hannover vom 13. Juli 1873 (Preuß. GS., S. 357);
8. Gesetz über die Abfindung von Berechtigungen zum Hauen von Plaggen, Heide usw. in der Prov. Hannover vom 13. April 1885 Preuß. GS., S. 109).

Die Forderung der ländlichen Bevölkerung nach persönlicher Freiheit und nach Befreiung des bäuerlichen Grundbesitzes von dem gutsherrlichen Obereigentum fand ihre Erfüllung in den Gemeinheitsteilungsordnungen, besonders aber in den Ablösungsgesetzen. Man erwartete mit Recht von völlig selbständig auf eigenem Grund und Boden wirtschaftenden Bauern eine Zunahme des persönlichen Interesses an einer intensiven Bewirtschaftung und damit eine Hebung der „Landesöconomie". Die Gemeinheitsteilungen und die Aufhebung des Flurzwanges sollten zur Weckung der Einzelinitiative des Bauern beitragen. In der genossenschaftlichen Bewirtschaftungsform sah man ein Hindernis für die Entfaltung besonderer Aktivität der einzelnen.

Die ständige Bevölkerungszunahme im 18. und 19. Jahrhundert bedingte einen erhöhten Bedarf an landwirtschaftlichen Produkten, den man durch Vergrößerung der landwirtschaftlichen Erzeugung decken wollte. Eine Intensivierung der landwirtschaftlichen Erzeugung versuchte man durch Bebauung der Allmende nach Aufteilung unter die Markgenossen zu erreichen. Die bis dahin unwirtlichen und meist minderwertigen Böden der Gemeinen Mark konnten mit Hilfe der neuen technischen Errungenschaften fruchtbringend bestellt werden. Der durch die Aufteilung und Kultivierung der Allmenden bedingte Ausfall an Weide- und Holznutzungen konnte durch die Einführung der Stallfütterung und des Kartoffelanbaues und durch den nach Verbesserung der Verkehrsverhältnisse vermehrten Verbrauch von Kohle vorerst größtenteils ausgeglichen werden.

Durch die Zusammenlegung (Verkoppelung) der Grundstücke der einzelnen Bauern sollte eine ökonomischere Bewirtschaftung erreicht werden. Der aus der alten Ansiedlung und der Dreifelderwirtschaft herrührende Streubesitz war naturgemäß für den einzelnen Bauern schwe-

rer zu bewirtschaften als ein nach einem Verkopplungsverfahren zusammenliegender Grundbesitz [207]). Die Durchführung der Gemeinheitsteilungen lag in der Hand der staatlichen Auseinandersetzungsbehörden [208]).

Bei den Gemeinheitsteilungen im engeren Sinne sind zu unterscheiden die Generalteilung und die Spezialteilung. Bei der *Generalteilung* wurden solche Markgemeinden aufgeteilt, deren Markgenossen in verschiedenen Dörfern wohnten. Die Teilung erfolgte dann derart, daß jeweils die Markgenossen des gleichen Dorfes einen dem Umfang ihrer Markberechtigungen entsprechenden Teil der Allmende *gemeinschaftlich* angewiesen bekamen. So entstanden aus einer großen Gemeinen Mark so viel neue kleinere Allmenden wie Dorfschaften (als Heimatgemeinden von Markgenossen) an der Generalteilung beteiligt waren. Damit war dann die große Markgemeinde mit Mitgliedern aus mehreren Dörfern untergegangen und an ihrer Stelle waren mehrere kleinere Realgemeinden entstanden, deren Mitglieder dann jeweils in dem gleichen Dorf wohnten. Diese neuen Markgenossenschaften übernahmen den Status als „universitas inordinata" von der alten Markgenossenschaft, da sie lediglich selbständig gewordene Teile einer früheren größeren Markgemeinde darstellten [209]). Sie wurden juristisch wie ungeteilt gebliebene Markgemeinden behandelt [210]).

Gewöhnlich begnügte man sich jedoch nicht mit der Generalteilung, sondern nahm anschließend noch eine *Spezialteilung* vor. Hier wurde das gesamte Land der Markgenossenschaft unter die Markgenossen entsprechend dem Umfang ihrer Teilnahmerechte an der Allmende zu Privateigentum aufgeteilt. Mit dem Verlust ihres Grundeigentums war die Realgemeinde dann untergegangen (§ 168 Lüneburger Gemeinheitsteilungsordnung = LGTO) [211]).

---

207) Vgl. zu Vorstehendem Conze, S. 17 ff.

208) Ursprünglich waren die Auseinandersetzungsbehörden: die Teilungskommission, die Landdrostei und die Abteilung für Berufung in Ablösungs- und Teilungssachen des Ministeriums des Innern. Später wurden sie nach §§ 1 ff des Gesetzes über das Verfahren in Gemeinheitsteilungssachen vom 30. Juni 1842 (Hann. GS. I, S. 145) Spezial- und Generalkommission und Oberlandeskulturgericht genannt. Seit dem Gesetz über die Landeskulturbehörden vom 3. Juni 1919 (Preuß. GS., S. 101) ist ihre Bezeichnung: Kulturamt, Landeskulturamt und Oberlandeskulturamt.

209) Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 37; Loeb-Caldenhof, S. 22.

210) Loeb-Caldenhof, S. 27; Urteil OLG Celle vom 17. Dezember 1912 — I U 207/12 — abgedr. bei Spohr in RVBl, Bd. 63, 1942, S. 135.

211) Vgl. S. 44. Die übrigen hannoverschen Gemeinheitsteilungsordnungen stimmen mit der LGTO sinngemäß vollständig, größtenteils sogar wörtlich über-

Während die General- und Spezialteilung alle Förderung in den Gemeinheitsteilungsordnungen erfuhren [212]), war das Ausscheiden eines einzelnen Reihestellenbesitzers gegen eine Landabfindung aus der Gemeinheit nur ausnahmsweise zugelassen (§ 25 LGTO). Eine solche *Partikularabfindung* war nur zulässig, wenn der ausscheidende Markgenosse mit „dem Abfindungsteil durch verbesserte Kultur anderen wesentlichen Wirtschaftsbedürfnissen vorteilhaft werde aufhelfen können", und die Partikularabfindung einer späteren Spezialteilung und Verkoppelung nicht hinderlich sein würde. Das Ausscheiden eines Mitglieds aus der Realgemeinde auf Grund einer Partikularabfindung änderte nichts an ihrer inneren Verfassung.

Da gewöhnlich die Gemeine Mark nicht im Eigentum der Markgenossenschaft, sondern im Eigentum eines Grundherrn stand [213]), die Markgenossenschaft vielmehr nur eine oder mehrere gemeinschaftliche Nutzungsberechtigungen an der Gemeinen Mark hatte (wie Mastberechtigung, Plaggen-, Heid-, Bültenhiebsberechtigungen, Weide-, Holz- und Torfmoorberechtigungen), war außer der Aufteilung unter den Markgenossen auch eine *Auseinandersetzung mit dem Grundherrn* erforderlich. Die Auseinandersetzung geschah so, daß die einzelnen Markgenossen entsprechend dem Wert ihres Nutzungsrechts ein Stück der Allmende [214]) „zu privativem Eigentum" (§ 168 LGTO) angewiesen erhielten, während der Überschuß dem Grundeigentümer — nunmehr unbelastet von Nutzungsrechten Dritter — verblieb (§§ 52 f. LGTO). Unter Umständen konnten so die ausgemittelten Landabfindungen das gesamte Grundeigentum des Gutsherrn verzehren, so daß ihm nichts („kein Überschuß") blieb. In den Fällen, in denen kein Privatgrundeigentümer der Allmende (Gutsherr) vorhanden war, die den einzelnen Markgenossen auf Grund ihrer Nutzungsrechte zustehenden Landabfindungen die Allmende aber nicht ganz aufzehrten, stand dem Landesherrn der verbleibende Landüberschuß zu (§ 52 LGTO).

---

ein. Es bestehen nur einige unwesentliche Unterschiede redaktioneller Art. Es werden deshalb in folgendem jeweils nur die Bestimmungen der LGTO angeführt.

212) Es genügte zur Herbeiführung einer General- oder Spezialteilung, daß nur die Hälfte der Berechtigten für eine Teilung gestimmt hatte (§ 24, Abs. 2, Ziffer 1 LGTO). Der Grundsatz, daß der Wille der Mehrheit der Genossen (bzw. in wichtigen Angelegenheiten ein qualifizierter Mehrheitswille) den Willen der Genossenschaft darstellte, war hier also durchbrochen worden.

213) Nur selten war die Gemeinheit von dem Grundherrn der Markgemeinde zu Eigentum übergeben worden; Heyer, S. 42. Echtes Grundeigentum hatten fast nur die städtischen Markgemeinden (vgl. S. 20 ff, 23 ff).

214) Eine Ausnahme machten die Abfindungen für Mastberechtigungen, die in Getreidelieferungen oder Geld bestehen konnten; § 117, Ziffer 5 LGTO.

Die auf Grund einer Spezialteilung dem einzelnen Markgenossen zugewiesene Landabfindung nahm die Eigenschaft des Hofes des Markgenossen an, wurde also Bestandteil des Meier-, Lehns- oder Erbenzinshofes (§ 169 LGTO) und teilte dessen rechtliches Schicksal. Sie unterstand auch den meierrechtlichen und sonstigen Beschränkungen, stellte also auch noch kein volles Eigentum des Bauern dar. Unter der Zuweisung zu „privativem Eigentum" nach § 168 LGTO ist also nur eine Zuweisung zu Nutzeigentum [215]) ohne weitere genossenschaftliche Eigentumsbindung zu verstehen.

Die Ablösung der meierrechtlichen, lehnsrechtlichen, erbenzinsrechtlichen u. ä. Beschränkungen von ganzen Höfen war erst seit Erlaß der Verordnung vom 10. November 1831 (Hann. GS. I, S. 209) und der Ablösungsordnung vom 23. Juli 1833 (Hann. GS. I, S. 147) möglich. Hiernach konnte jeder Bauer, dem ein erbliches Nutzungsrecht an seinem Hof zustand (wie Bauern in Meier-, Eigenbehörigkeits-, Meierdings-, Mägerdings- oder ähnlichen gutsherrlichen Verhältnissen, sowie Erbenzins-, Erbpacht- und Lehnsverhältnis), volles Grundeigentum (§ 31 der Verordnung vom 10. November 1831) erlangen, wenn er den Gutsherrn in Land oder Kapital abfand.

Meistens wurden auf Grund des Gesetzes über die Zusammenlegung der Grundstücke vom 30. Juni 1842 (Hann. GS. I, S. 148) (im beschränkten Umfang schon nach den Gemeinheitsteilungsordnungen) die Spezialteilungen mit einem *Verkoppelungsverfahren* verbunden. Das Ziel des Verkoppelungsverfahrens war es, den gesamten Grundbesitz der am Verfahren Beteiligten (Verkoppelungsmasse) neu unter die Bauern so zu verteilen, daß jeder Verfahrensbeteiligte möglichst einen *geschlossenen,* dem der Verkoppelungsmasse beigesteuerten Grundbesitz gleichwertigen Grundstücks*komplex* zurückerhielt (§ 17 a. a. O.). Heute würde man dieses Verkoppelungsverfahren Flurbereinigung oder Umlegungsverfahren nennen.

Das Ergebnis der Gemeinheitsteilungen wurde in einem Rezeß festgehalten. Der Rezeß wurde auch Teilungsurkunde genannt (§113 des Verfahrensges. v. 30. Juni 1842) und ist eine Urkunde, in der das Resultat der Auseinandersetzung zwischen den Beteiligten protokolliert wurde und von der Landdrostei bestätigt werden mußte (§ 116 a. a. O.).

---

215) Die übrigen Gemeinheitsteilungsordnungen sprechen ausdrücklich von einer „Zuweisung zu Nutzeigentum". Damit ist hervorgehoben, daß durch die Spezialteilung lediglich die genossenschaftliche Eigentumsgemeinschaft aufgehoben werden, die grundherrlichen Eigentumsbeschränkungen am Hof des Markgenossen (Obereigentum, dingliche Rechte) sich dagegen auf die spezialgeteilten Grundstücke mit erstrecken sollten.

Der bestätigte Rezeß bildete einen vollstreckbaren Titel (§ 118 a. a. O.). Er kann im übrigen jedoch einem rechtskräftigen Urteil nicht gleichgestellt werden [216]). Er bildet seiner Rechtsnatur nach einen privatrechtlichen Vertrag [217]), der unter behördlicher Leitung und Mitwirkung zustande gekommen ist. Für einen zu Unrecht dem Gemeinheitsteilungsverfahren Zugezogenen (Nichtberechtigten) hat der Rezeß keine rechtsbegründende Kraft [218]).

Von den Spezialteilungen wurden in erster Linie die Weide-, Heide- und in geringerem Umfange die Moorflächen betroffen. Hier kam es zur Aufteilung des Bodens unter alle Berechtigten, und im Laufe der Zeit sind so fast alle Gemeinen Weiden, Wiesen und Heiden verschwunden.

Bei den Gemeinen Wäldern begnügte man sich gewöhnlich mit Generalteilungen. Eine Spezialteilung von Forsten war „wegen der mannigfaltigen Nachteile, die nicht selten eine Folge davon sind, in der Regel nicht zu gestatten" (§ 146, 2 LGTO). Nur wenn die Aufteilung unter die Berechtigten „nach dem pflichtmäßigen Ermessen der Landes-Ökonomie-Collegii für vorzüglich nützlich geachtet und auf dessen an... das Staatsministerium erstatteten Bericht approbiert worden war", konnte eine Spezialteilung von Forsten vorgenommen werden (§ 146, 3 LGTO).

Da die Allmendeforsten fast grundsätzlich im Grundeigentum eines Gutsherren standen, war hier nach einer Generalteilung noch die Auseinandersetzung mit dem Grundherrn erforderlich. Durch diese Auseinandersetzung wurde jedoch nicht der Bestand der Markgenossenschaft betroffen, da die Landabfindung für ihr Gesamtnutzungsrecht bzw. Nutzeigentum an dem Gemeinen Markwald der Korporation, nicht den einzelnen Forstgenossen zugewiesen wurde. Der Grundherr erhielt den Überschuß nach Ausmittelung des Wertes des genossenschaftlichen Gesamtrechts. Er konnte die Markgenossenschaft auch bei Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des § 146, 3 LGTO nicht gegen deren Willen zur weiteren Spezialteilung zwingen (§ 143 in Verbindung mit § 22 Abs. 1 und 2 LGTO) [219]).

---

216) RG 22, S. 363; Güthe-Triebel, II, 5. Aufl., S. 1449.

217) Güthe-Triebel a. a. O., S. 1449; ähnlich Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 210; a. A. Molsen, S. 22, der der Meinung ist, daß der Rezeß eine Urkunde mit der Kraft „obrigkeitlicher Statuten" sei.

218) Güthe-Triebel a. a. O., S. 1449; vgl. auch RG 73, S. 159.

219) Die Verordnung vom 10. November 1831 und die Ablösungsordnung vom 23. Juli 1833 gaben keine Möglichkeit, Markberechtigungen aus dem gutsherrlichen Verband abzulösen. Nach § 3 Abs. 2 der Verordnung vom 10. November 1831 richtete sich dies weiter nach den Gemeinheitsteilungsordnungen.

Eine ausnahmsweise durchgeführte Forstspezialteilung unter pflichtige Untertanen entzog das „privative" Forsteigentum jedoch weder der landesherrlichen Forsthoheit (§ 155 Abs. 2 LGTO) noch dem gutsherrlichen Obereigentum an dem Hauptgut des Markgenossen (§ 169 LGTO).

II. Das Einsetzen einer gegenläufigen Gesetzgebung gegenüber den Gemeinheitsteilungsordnungen

Nachdem in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts von der Möglichkeit der Gemeinheitsteilungen weitgehend Gebrauch gemacht worden war, setzte später eine gegenläufige Bewegung ein, die die Gemeinheitsteilungen erschwerte. In dem Gesetz, betreffend das Verfahren in Gemeinheitsteilungs- und Verkoppelungssachen, vom 30. Juni 1842 (Hann. GS. I, S. 145) wurde bestimmt, daß vor Einleitung des Hauptverfahrens in ein Vorverfahren einzutreten sei, in welchem die „Stattnehmigkeit" der Teilung von Amts wegen zu prüfen war (§ 59 a. a. O.). Hierbei war festzustellen, „ob die Teilung rechtlich verlangt werden konnte, ob sie landespolizeilich zugelassen und — auf besonderen Antrag — ob sie landwirtschaftlich nützlich wäre" (§§ 59 f. a. a. O.). Die letzte Entscheidung über die Stattnehmigkeit lag bei der Landdrostei (§ 65 a. a. O.).

Besonders aber die Spezialteilung der Forsten wurde durch die Gesetzgebung der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nahezu unmöglich und — soweit bereits geschehen — möglichst rückgängig gemacht. Durch das preußische Gesetz, betreffend die Abstellung der auf Forsten haftenden Berechtigungen und die Teilung gemeinschaftlicher Forsten für die Provinz Hannover, vom 13. Juni 1873 (Preuß. Ges. S., S. 357) [220]) wurden die bisher ergangenen Teilungsordnungen, soweit sie von Forstteilungen und von Ablösungen von Forstberechtigungen handelten, aufgehoben (§ 28 a. a. O.). Nach diesem Gesetz durften Naturalteilungen von Forsten nur nach Einholung eines forsttechnischen Gutachtens und nur dann vorgenommen werden, wenn entweder die einzelnen Teile zur forstmäßigen Nutzung geeignet blieben und die forstmäßige Nutzung genügend gesichert war, oder wenn sich ergab, daß die Niederlegung der Forst landwirtschaftlich nützlich war und im landespolizeilichen Interesse zugelassen werden konnte (§ 23 i. V. m. § 3 Abs. 2 a. a. O.).

Außerdem konnten die bis dahin unbestimmten und nur bestimmbaren Teilnahmerechte der Mitglieder der Realgemeinde ihrem Umfang

220) abgedruckt bei Mitschke, S. 269.

nach fixiert werden und erhielten so auch mehr den Charakter der Dauer [221]).

Das preußische Waldschutzgesetz vom 6. Juli 1875 [222]) (Preuß. GS., S. 416) schaffte die Möglichkeit zur Neubildung von Genossenschaftsforsten und damit auch für eine rentable genossenschaftliche Bewirtschaftung von Splitterforstbesitz verschiedener Eigentümer. Auch gegen den Willen einer Minderheit konnten sich Privateigentümer von Forsten zu einer Genossenschaft, und zwar

1. „zur Einrichtung und Durchführung einer gemeinschaftlichen Beschützung oder anderer der forstmäßigen Benutzung des Genossenschaftswaldes förderlichen Maßregeln („Schutzgenossenschaft") oder
2. zugleich zur gemeinschaftlichen forstmäßigen Bewirtschaftung des Genossenschaftswaldes nach einem einheitlich aufgestellten Wirtschaftsplan („Wirtschaftsgenossenschaft") zusammenschließen" (§ 23 Abs. 2 a. a. O.) [223]).

Auf Grund des Preußischen Gesetzes über gemeinschaftliche Holzungen vom 14. März 1881 (Preuß. GS., S. 261) [224]) waren Forstteilungen nur noch gestattet, wenn „1. die Holzung zu einer forstmäßigen Bewirtschaftung nicht geeignet ist oder 2. der Grund und Boden zu anderen als forstlichen Zwecken dauernd mit erheblich größerem Vorteil genutzt werden kann und landes- und forstpolizeiliche Interessen nicht entgegenstehen" (§ 6 a. a. O.) [225]). Nach § 1 Abs. 2 a. a. O. durften Abfindungen bei Gemeinheitsteilungen von Forsten nur noch als Gesamtabfindungen zugewiesen werden. Wenn also eine Forst zur Verfahrensmasse eines Gemeinheitsteilungsverfahrens gehörte und nicht nach § 6 a. a. O. spezialgeteilt werden konnte, mußte sie ungeteilt wieder den Realgemeindemitgliedern zugewiesen werden. Von diesem Spezialteilungsverbot wurden aber nur Waldgrundstücke betroffen.

---

221) § 24 des Gesetzes vom 13. Juni 1873: „Solange eine Gemeinde oder Genossenschaftsforst ungeteilt besessen wird, kann auf den Antrag eines oder mehrerer Interessenten das Teilnehmungsrecht der Interessenten auf ein bestimmtes Maß festgesetzt und demgemäß die Benutzung der Forst geregelt werden."

222) Pr. Ges. betr. die Schutzwaldungen u. Waldgenossenschaften vom 6. Juli 1875; abgedr. bei v. Brauchitsch, 4. Bd., S. 263.

223) Eine Zusammenstellung der nach dem Ges. v. 1875 gebildeten Waldgen. gibt Offenberg, S. 159 ff; bes. f. d. Prov. Hann., S. 162 ff.

224) Abgedruckt bei v. Brauchitsch, a. a. O., S. 301.

225) Bei Feststellungen des Forstertrages war jedoch nach OLKG 39, S. 123, von unbestandenem Boden, nicht von dem augenblicklichen Bebauungszustand auszugehen.

Im übrigen war ausdrücklich eine Staatsaufsicht über den Forstbetrieb und die Forstnutzung (Forstaufsicht) in dem weitgehenden, sonst nur für Forsten politischer Gemeinden geltenden Umfang [226]) angeordnet worden (§ 2 a. a. O.). Die Forstgenossen konnten sich nach § 5 a. a. O. ein Statut geben; sie waren nach § 4 verpflichtet, Bevollmächtigte gegenüber der Aufsichtsbehörde zu bestellen.

Eine abschließende Änderung brachte das preußische Gesetz über die Umlegung von Grundstücken vom 21. September 1920 (GS., S. 453). Die bisherigen gesetzlichen Möglichkeiten für eine Gemeinheitsteilung wurden weiter eingeschränkt. Das ganze Umlegungsverfahren wurde neu und einheitlich geregelt. Nur für die Teilung von Gemeinheiten und die Ablösung von Grunddienstbarkeiten blieb die bisherige Gesetzgebung maßgebend. Doch war in § 25 Abs. 2 a. a. O. bestimmt, daß bei Gemeinheitsteilungen und Aufhebungen von Grunddienstbarkeiten außerhalb eines Umlegungsverfahrens eine Landabfindung nur gegeben werden durfte, wenn das ohne Umlegung der betroffenen Grundstücke wirtschaftlich zweckmäßig geschehen konnte. Da dies schon theoretisch eigentlich nie der Fall sein konnte, und da andererseits die Beteiligten an Geldabfindungen meist uninteressiert waren, sind seit dieser Zeit Gemeinheitsteilungen außerhalb eines Umlegungsverfahrens praktisch ausgeschlossen [227]).

Wenn auch die Bestimmungen des preuß. Umlegungsgesetzes durch das Umlegungsgesetz vom 26. Juni 1936 (RGBl I, S. 518) und die Reichsumlegungsordnung (RUO) vom 16. Juni 1937 (RGBl I, S. 629) aufgehoben worden sind (§ 155 RUO), hat sich an dieser Handhabung nichts geändert. Nach § 54 RUO ist eine Gemeinheitsteilung im Umlegungsverfahren ebenfalls nur zulässig, wenn sie zur Erreichung der Umlegung zweckmäßig ist. Zweckmäßig ist aber nach dem Ziel der Reichsumlegungsordnung eine Gemeinheitsteilung nur dann, wenn die Gemeinheit Kulturland ist und durch die Teilung neue Erbhöfe geschaffen werden. Unzweckmäßig ist dagegen jede Teilung von Ödland und Waldgrundstücken. Vielmehr ist bei Forsten und Ödland auch nach der RUO die Zusammenlegung von Einzelparzellen verschiedener Eigentümer bezweckt. Nach einer solchen Verkoppelung bilden die bisherigen Eigentümer eine Teilnehmergemeinschaft hinsichtlich ihrer zusammengelegten Grundstücke [228]) (§ 17 RUO). Soweit die preuß. Umlegungsordnung die Gemeinheitsteilungen *außerhalb* des Umlegungs-

226) Vgl. hierzu v. Bitter, Handwörterbuch der preußischen Verwaltung, Bd. 1, S. 651.

227) Peltzer, S. 14 f.

228) Hillebrandt-Engels-Geith, S. 227 f.

verfahrens regelte, sind diese Bestimmungen durch die Reichsumlegungsordnung nicht aufgehoben worden, da sie insoweit der RUO nicht entgegenstehen.

Das Reichsumlegungsgesetz und die Reichsumlegungsordnung sind durch das Flurbereinigungsgesetz vom 14. Juli 1953 (BGBl I, S. 591) außer Kraft gesetzt worden (§ 155). Auch dieses Gesetz enthält Bestimmungen über die Gemeinheitsteilungen. Nach § 48 Abs. 1 kann ein „nach altem Herkommen in gemeinschaftlichem Eigentum" stehendes Grundstück geteilt werden, wenn es im Flurbereinigungsgebiet liegt. Zwar ist in Abs. 1 nicht ausdrücklich gefordert, daß die Teilung der Förderung der Flurbereinigung dienen muß. Aber das ist vom Gesetzgeber — wie in der Reichsumlegungsordnung — stillschweigend vorausgesetzt worden; denn ein Realgemeindegrundstück kann gemäß §§ 1, 2 nur „zum Flurbereinigungsgebiet gehören", wenn durch seine Einbeziehung in ein Flurbereinigungsverfahren eine Zusammenlegung von land- und forstwirtschaftlichem Streubesitz herbeigeführt werden kann. Das Flurbereinigungsgesetz sieht demnach die Verkoppelung landwirtschaftlichen Streubesitzes für wichtiger an, als die Erhaltung der Realgemeinden. Das ist jedoch gegenüber den älteren Umlegungsgesetzen keine neue Einsicht. Wenn § 48 Abs. 2 des Flurbereinigungsgesetzes „in anderen Fällen" (also wenn der Realgemeindegrundbesitz nicht in dem Flurbereinigungsgebiet liegt) eine Gemeinheitsteilung nur zuläßt, wenn die Realgemeindemitglieder zustimmen und die Teilung dem Zwecke der Flurbereinigung dient, so ist damit insofern eine neue Rechtslage geschaffen, als bisher eine Zustimmung *aller* Realgemeindemitglieder nicht erforderlich war. Somit ist auch durch das Flurbereinigungsgesetz eine generelle Erschwerung der Gemeinheitsteilungen erfolgt. Im übrigen bedürfen nach § 85 Ziff. 9 Teilungen von Realgemeindeforsten immer der Zustimmung der Forstaufsichtsbehörde. Hierdurch ist die Wahrung forstpolitischer Gesichtspunkte gesichert und so kann eine Zersplitterung in unrentable Einzelwaldparzellen verhindert werden.

Mit der Verordnung über die Bildung wirtschaftlicher Zusammenschlüsse in der Forstwirtschaft vom 7. Mai 1943 (RGBl I, S. 298) und der Verordnung über die Bildung von Forstverbänden vom gleichen Tage (RGBl I, S. 299) unternahm der Gesetzgeber einen erneuten Versuch, die nachteiligen Folgen der Forstspezialteilungen rückgängig zu machen. Diese beiden Verordnungen verfolgten den gleichen Zweck wie das preuß. Waldschutzgesetz (oben S. 51) und ermöglichten den Zusammenschluß von Splitterforsten zu rentabel bewirtschaftbaren großräumigen Forsten.

III. Die Teilungsinteressentenschaften

Es lag in der Natur der Sache, daß bei einer Gemeinheitsteilung nicht sämtliche Grundstücke einer Markgemeinde unter die Beteiligten aufgeteilt werden konnten. Manche Grundstücke der Allmende (wie Wege, Sandgruben, Lehmkuhlen, öffentliche Gebäude usw.) [229]) eigneten sich naturgemäß nicht zu einer Aufteilung. Entsprechend der Zweckbestimmung dieser Grundstücke für die gesamte Gemeinschaft oder doch zumindest für einen Teil der Beteiligten mußte auch dieser Personenmehrheit das Eigentum erhalten bleiben. Eine Spezialteilung konnte hier nicht erfolgen. Außerdem konnte sich aus dem Verkopplungsverfahren selbst die Notwendigkeit ergeben, neu Grundstücke aus der Verkopplungsmasse zur gemeinschaftlichen Nutzung anzuweisen, die vor der Umlegung im Privateigentum standen (z. B. gemeinschaftliche Wege, Triften usw. für Anlieger).

Die Gemeinheitsteilungsordnungen selbst enthielten zunächst keine Bestimmungen darüber, daß und welche Grundstücke von der Teilung auszunehmen oder im Verkopplungsverfahren als neue gemeinschaftliche Grundstücke auszuscheiden seien. Dennoch blieben auch schon bei den Teilungsverfahren in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts aus einer inneren Notwendigkeit heraus Teile der Gemeinen Mark für die weitere gemeinschaftliche Benutzung reserviert [230]). Eine gesetzliche Handhabe hierfür gab erst das Gesetz, betreffend das Verfahren in Gemeinheitsteilungs- und Verkopplungssachen vom 30. Juni 1842.

Hier heißt es in § 92 Abs. 1:

„Bei Teilung von Gemeinheiten ist vor Feststellung der Abfindungen zur Verhandlung zu bringen, ob und welche Teile der Gemeinheit zur ferneren gemeinschaftlichen Benutzung, als Lehm-, Sand- und Mergelgruben, als Kalk- und Steinbrüche, als Viehtränken, Flachsrotegruben und Feuerteiche, zur Tilgung von Gemeindeschulden, zur Verbesserung von Gemeindeforsten, zu Bauplätzen, zu Begräbnisplätzen oder sonstigen Zwecken von der Verteilung auszunehmen seien."

Nach § 94 waren auch „die Einrichtungen zu bestimmen, welche die Erleichterung und Sicherstellung der künftigen Benutzung oder die Erhöhung des Ertrages bezielen" [231]).

---

229) Seit dem Erlaß des Gesetzes von 1881 im allgemeinen auch Waldgrundstücke (§ 1 Abs. 2 a. a. O.).

230) Gemeindeberechtigung, S. 6.

231) Hierbei war an die An- und Verlegung von Wegen und Triften — „Folgeeinrichtungen" — gedacht.

Entsprechend diesen Bestimmungen wurden deshalb von nun an in den Rezessen regelmäßig neben der Ausweisung der einzelnen (Privat-)Grundstücke an jeweils einen Beteiligten auch gemeinschaftliche Grundstücke für eine Mehrheit von Berechtigten ausgewiesen. Als Eigentümerin dieser gemeinschaftlichen Grundstücke wurde eine sogenannte „Interessentenschaft" angesehen, die aus den im Rezeß genannten Nutzungsberechtigten und Unterhaltsverpflichteten bestand. Eine Bestimmung über den Rechtscharakter dieser Interessentenschaften findet sich in der Gemeinheitsteilungsgesetzgebung nicht. Einen Aufschluß konnten deshalb zunächst lediglich die Rezesse geben. Doch war hier regelmäßig nur der Umfang der Nutzungsrechte und der Beitragspflichten der einzelnen Beteiligten festgelegt.

Dieser Mangel an einer klaren gesetzlichen Regelung machte sich erst bemerkbar, als in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts für öffentliche Zwecke (z. B. für den Straßenbau und bei der Anlegung der Eisenbahnen) Grundstücke der Interessentenschaften erworben werden mußten. Da die im Rezeß genannten Berechtigten gewöhnlich längst verstorben waren, und da die Legitimation ihrer Rechtsnachfolger schwierig nachzuweisen war, wurde jetzt die Frage bedeutsam, wer zur Auflassung der Grundstücke der Interessentenschaften befugt sei, ob alle Interessenten oder ein von den Interessenten gewähltes Organ. Es setzte sich dann die Ansicht durch, daß die Interessentenschaften keine juristischen Personen seien und sich deshalb auch keinen vertretungsberechtigten Vorstand wählen konnten [232]). Somit war bei allen Rechtsgeschäften der Interessentenschaften eine Mitwirkung sämtlicher Interessenten erforderlich. Um die damit auftauchenden Schwierigkeiten auszuräumen, wurde die Vertretung der Teilungsinteressentenschaften durch das preußische Gesetz, betreffend die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten, vom 2. April 1887 (GS., S. 105) generell geregelt [233]). Hiernach kann die Auseinandersetzungsbehörde als Vertreter der Interessentenschaften den Gemeindevorstand [234]) oder ausnahmsweise eine Privatperson bestellen (§§ 2 Abs. 2, 9 a. a. O.). Der so bestellte Vertreter der Interessentenschaft ist befugt, mit Genehmigung der Aus-

232) Kluckhuhn, S. 138 ff. hält dagegen einen korporationsmäßigen Zusammenschluß der Interessentenschaften für möglich, sieht die Interessentenschaft jedoch dann auch nur als nicht-rechtsfähigen Verein an.

233) Das „Interessentenschaftsgesetz" ist heute noch in Kraft.

234) Nach der rev. DGO ist dies heute der Rat der Gemeinde, der diese Aufgabe auf den Gemeindedirektor delegieren kann und regelmäßig im Interesse einer kontinuierlichen Verwaltung der Interessentenschaftsangelegenheiten auch delegiert haben wird.

einandersetzungsbehörde über die Substanz des gemeinschaftlichen Vermögens zu verfügen (§ 4 a. a. O.). Der Gemeindevorstand, dem die Vertretung einer Interessentenschaft übertragen worden ist, untersteht der *Kommunal*aufsicht (§ 6 a. a. O.) [235]). Die Vertretung der Interessentenschaft wird demnach als eine Selbstverwaltungsangelegenheit und nicht als eine Auftragsangelegenheit der politischen Gemeinde angesehen.

Eine ausdrückliche Bestimmung über den Rechtscharakter der Interessentenschaften läßt sich auch dem Interessentenschaftsgesetz nicht entnehmen [236]). Hier ist lediglich im § 2 Abs. 2 gesagt, daß Interessentenschaften, für die ein Vertreter bestellt worden ist, parteifähig sind [237]). Das würde dem ersten Anschein nach darauf hinweisen, daß die Interessentenschaften juristische Personen wären. Von einem Korporationsleben — wie Mitgliederversammlung, Möglichkeit der Abberufung des Vorstands usw. — ist jedoch in dem Gesetz nichts erwähnt. Bei den Beratungen des Interessentenschaftsgesetzes ging man davon aus, daß den Interessentenschaften keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommen würde [238]). Man hat vielmehr gerade die behördliche Bestellung eines Vertreters für erforderlich gehalten, da man den Interessenten selbst die Möglichkeit, ein Organ zu wählen, absprach. Deshalb verneinen auch das Schrifttum und die Rechtsprechung allgemein eine eigene Rechtspersönlichkeit der Interessentenschaften [239]).

Eine weitere Frage ist dann, ob die Teilungsinteressentenschaften Gesamthandsgemeinschaften oder Gemeinschaften von Miteigentümern darstellen. Das Schrifttum [240]) und die Rechtsprechung [241]) stehen einhellig auf dem Standpunkt, daß die Interessenten eine deutsch-recht-

---

235) Vgl. auch Surén-Loschelder, 2. Bd. 1940, S. 5.

236) Nach Art. 113, Satz 2 EGBGB ist dieses Gesetz von den Bestimmungen des BGB unberührt geblieben.

237) „... , die Gesamtheit der Beteiligten ... kann als solche klagen und verklagt werden."

238) Sten. Berichte 1887, Herrenhaus, 2. Band, Anlagen, S. 20 f.

239) Anderer Ansicht lediglich v. Verschuer, in RVBl 1937, Bd. 58, S. 962, der annimmt, daß die Interessentenschaften juristische Personen des Privatrechts seien, hierfür jedoch keine Begründung gibt. Vgl. im übrigen unten Anm. 240 und 241.

240) Kluckhuhn, S. 35 ff; Holzapfel, S. 12; Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 47; Spohr, Hann. Realgemeinde, S. 12; ders. in JW 1934, S. 2199 ff; Lange in JW 1933, S. 2376.

241) OVG 21, S. 146; OVG 58, S. 84; KGJ 48, A, S. 199; LEG Celle in JW 1935, S. 2578.

liche Gesamthandsgemeinschaft bilden, wogegen in den Verhandlungen des Landtages die Interessentenschaften als eine nach Bruchteilen bestimmte Miteigentümergemeinschaft angesehen wurden [242]). Dem Wesen der Interessentenschaften wird man wohl nur gerecht, wenn man sie als Gesamthandsgemeinschaften ansieht, wie im Schrifttum überzeugend nachgewiesen worden ist [243]).

Die Interessentenschaften weisen jedoch Besonderheiten auf, die aus der Rechtsnatur als Gesamthandsgemeinschaft nicht ohne weiteres erklärt werden können. Das Gesamthandsrecht des einzelnen Interessenten an einem landwirtschaftlichen Zweckgrundstück ist dinglich gebunden an das Eigentum eines bestimmten Grundstücks, dem das Interessentenschaftsgrundstück wirtschaftlich zu dienen bestimmt ist. Die in den Rezessen ausgewiesenen Zweckgrundstücke führen kein selbständiges Dasein. Sie sind nur im Zusammenhang mit einem Nutzgrundstück wirtschaftlich wertvoll und gelten als wesentlicher Bestandteil desselben. Bei Übertragung des Eigentums an dem herrschenden Nutzgrundstück geht deshalb die Gesamthandsberechtigung auf den Erwerber mit über [244]). Bei Teilveräußerung des Muttergrundstückes geht das Gesamthandsrecht anteilig mit über [245]).

Besteht das Interessentenschaftsvermögen aus wirtschaftlich unabhängigen Grundstücken — aus sogenannten Nutzgrundstücken —, so ist ebenfalls in der Regel eine dingliche Bindung an ein herrschendes Muttergrundstück anzunehmen. Wenn auch hier das Interessentenschaftsgrundstück wirtschaftlich selbständig ist und einen eigenen Daseinszweck hat, so besteht hier meistens gewohnheitsrechtlich eine Bindung der Gesamthandsanteile an das Eigentum der Muttergrundstücke. Wo ein solches Gewohnheitsrecht jedoch nicht besteht, würde die Untrennbarkeit des Gesamthandsanteils an einem Nutzgrundstück nur unnötige Schwierigkeiten im Rechtsverkehr verursachen. Deshalb ist die Gesamthandsberechtigung eines Interessenten an einem Nutzgrundstück nur dann von dem Muttergrundstück untrennbar, wenn ein entsprechendes Gewohnheitsrecht besteht. Eine rechtliche Stütze für diese Ansicht findet sich in § 4 Abs. 3 Satz 2 a. a. O. Nach dieser Bestimmung ist eine selbständige Veräußerung von Interessentenschaftsgrundstücken durch den bestellten Vertreter an sich möglich, und die

---

242) Sten. Berichte 1887, Herrenhaus, Bd. 2, Anlagen, S. 21 f, Haus der Abgeordneten, Drucksachen, Bd. 3, Nr. 80, S. 1—3.

243) Siehe oben S. 56, Anm. 240 und 241.

244) Kluckhuhn, S. 26 ff, 35 ff, 68, 127 f; Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 47 f; OVG 58, S. 84; OVG 69, S. 133.

245) Kluckhuhn, S. 36.

erforderliche Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde ist nur dann zu versagen, wenn die „Verfügung im landespolizeilichen Interesse nicht zulässig oder unzweckmäßig erscheint". In einer solchen selbständigen Verfügung über Interessentenschaftsgrundstücke liegt aber auch eine Trennung der Gesamthandsrechte von dem Eigentum an den Muttergrundstücken. Während das landespolizeiliche Interesse [246]) der Trennung der Gesamthandsrechte an Zweckgrundstücken und Folgeeinrichtungen wegen des wirtschaftlichen Zusammenhangs mit den Muttergrundstücken entgegensteht, ist dies bei selbständigen Wirtschaftsgrundstücken nicht der Fall. Deshalb ist — außer bei einem entgegenstehenden Gewohnheitsrecht — das Gesamthandsrecht eines Interessenten an einem Wirtschaftsgrundstück im Gegensatz zu den Zweckgrundstücken frei übertragbar [247]).

IV. Das Verhältnis der Teilungsinteressentenschaften zu den Realgemeinden

Die Abgrenzung der Interessentenschaften von den Realgemeinden ist für die Anwendbarkeit des Realgemeindegesetzes oder des Interessentenschaftsgesetzes ausschlaggebend, macht aber in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Realgemeinden und Interessentenschaften sind trotz ihrer häufig gleichen Bezeichnung als Realgemeinde zwei ganz verschiedene Rechtsinstitute. Die Anwendbarkeit des Interessentenschaftsgesetzes schließt also die des Realgemeindegesetzes aus und umgekehrt [248]). In Zweifelsfällen spricht jedoch die Vermutung für die Anwendbarkeit des Realgemeindegesetzes und damit für das Vorliegen einer Realgemeinde [249]). Mit dem Realgemeindegesetz verfolgte der Gesetzgeber den Zweck, die besonderen Verhältnisse der Realgemeinden in der Provinz Hannover und dieses Rechtsinstitut als solches zu erhalten [250]). Dagegen wurde das Interessentenschaftsgesetz in ganz Preußen in Kraft gesetzt und konnte deshalb auch nicht den besonderen markenrechtlichen Verhältnissen in der Prov. Hannover Rechnung tragen.

---

246) Nach OVG 93, S. 212, gehört zur Landespolizei auch die Fürsorge für die Landeskultur.

247) Jedoch ist auch hier die Genehmigung der Auseinandersetzungsbehörde erforderlich; vgl. Schnoor, S. 17.

248) Sten. Berichte 1888, Herrenhaus, Band 2, S. 121. Gutachten des Oberlandeskulturgerichts in Ztschr. f. d. Landeskulturgesetzgebung 1914, 39. Bd., S. 330.

249) OVG in Ztschr. f. die Landeskulturgesetzgebung 1914, Bd. 39, S. 337; OVG 65, S. 124 ff; Spohr, Die hann. Realgemeinden, S. 34.

250) Sten. Berichte 1888, Herrenhaus, 1. Bd., S. 16 f; Haus der Abgeordneten, 3. Bd., Anlagen, Aktenstück Nr. 166, S. 1840 ff.

In der Literatur wie in der Rechtsprechung ist es sehr streitig, wann eine Interessentenschaft vorliegt und wann eine Realgemeinde. Einige [251]) rechnen zu den Interessentenschaften lediglich die Rechtsträger von in Rezessen ausgewiesenen gemeinschaftlichen *Zweck*grundstücken und Folgeeinrichtungen, die in wirtschaftlichem Zusammenhang und Unterordnung zu anderen Grundstücken stehen, während sie alle übrigen im Rezeß bezeichneten gemeinschaftlichen (Nutz-)Grundstücke einer Realgemeinde zuschreiben. Hierbei wird kein Unterschied gemacht zwischen solchen Zweckgrundstücken, die schon vor der Gemeinheitsteilung gemeinschaftlich waren, und solchen, die erst nach dem Verfahren gemeinschaftlich wurden.

Diese Ansicht ist in zweifacher Hinsicht irrig. Einmal lassen sich die Interessentenschaften nicht ausschließlich auf die Rechtsträger von Zweckgrundstücken beschränken, wenn auch in der Aufzählung der Interessentenschaftsgrundstücke des § 1 a. a. O. nur Zweckgrundstücke enthalten sind [252]). Diese Aufzählung sollte jedoch nur eine beispielhafte sein, wie sich aus der Anfügung der Worte: „und ähnliches" in § 1 a. a. O. ergibt [253]). Daß auch landwirtschaftliche Nutzgrundstücke wie Forsten und Weiden unter das Interessentenschaftsgesetz fallen sollten, wollte man durch das Wort „Angelegenheiten" an Stelle des in der Beratung vorgeschlagenen einengenden Wortes „Anlagen" zum Ausdruck bringen [254]). Andererseits geht diese Abgrenzung der Interessentenschaften zu weit, wenn sie *jeden* Rechtsträger eines in einem Gemeinheitsteilungsverfahren ausgewiesenen Zweckgrundstückes als Interessentenschaft anspricht. Nicht durch die Art des Grundstücks, sondern nur durch die Art des Personenzusammenschlusses kann die Rechtsnatur der Interessentenschaft bestimmt werden.

Linckelmann-Fleck-Wiedemann [255]) zählen zu den Interessentenschaften — neben den Rechtsträgern von Zweckgrundstükken — noch die gesamthänderischen Eigentumsgemeinschaften an solchen gemeinschaftlichen Nutzgrundstücken, die erst auf Grund eines Gemeinheitsteilungs- oder Verkopplungsverfahrens gemeinschaftlich geworden sind, vorher aber im Privateigentum standen. In diesem letz-

---

251) Molsen, S. 38; Gemeindeberechtigung, S. 22.

252) „Gemeinschaftliche, durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründete Angelegenheiten als Wege, Triften, Gräben, Trankstätten, Lehm-, Sand-, Kalk- und Mergelgruben, Kalk- oder Steinbrüche u. ähnliches."

253) Vgl. oben Anm. 252.

254) Sten. Berichte 1888, Herrenhaus, 2. Band, Drucksache Nr. 26, S. 162. Vgl. ferner die Nachweise bei Holzapfel, Ztschr. für die Landeskulturgesetzgebung 1912, 38. Bd., S. 297, Anm. 1.

255) Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 52.

ten Fall muß man Linckelmann-Fleck-Wiedemann zustimmen, da der Personenzusammenschluß nicht aus der alten Markenverfassung herrührt, sondern erst in dem Verfahren begründet worden ist, mithin auch von dem Wortlaut des Gesetzes („durch ein Auseinandersetzungsverfahren *begründete* Angelegenheiten") erfaßt wird. Hierzu gehören vor allem solche Grundstücke, die im Verkopplungsverfahren nach Neuaufteilung der Verkopplungsmasse erstmalig als gemeinschaftliche Weiden angewiesen wurden.

Das Oberlandeskulturgericht und das preußische OVG [256]) stellen es bei der Abgrenzung von Realgemeinden und Interessentenschaften darauf ab, ob die im Rezeß ausgewiesenen gemeinschaftlichen Grundstücke einem Kreis von Beteiligten zustehen, der durch das Verfahren erst begründet worden ist, oder wenn die gemeinschaftlichen Grundstücke schon vor dem Verfahren gemeinschaftlich waren, ob die am Verfahren beteiligte Markgenossenschaft nach dem Willen der Beteiligten aufgelöst werden sollte oder nicht. Die beiden Gerichte zählen demnach außer den von Linckelmann-Fleck-Wiedemann den Interessentenschaften zugeschriebenen Nutzgrundstücken noch solche gemeinschaftlichen Grundstücke zum Interessentenschaftsvermögen, die schon vor dem Auseinandersetzungsverfahren gemeinschaftlich waren und einer Realgemeinde zustanden, wenn nach dem Willen der Beteiligten die Realgemeinde im Auseinandersetzungsverfahren aufgelöst werden sollte und lediglich ein Teil des ursprünglichen Realgemeindevermögens gemeinschaftlich geblieben ist [257]). Bezüglich dieses gemeinschaftlich gebliebenen Teils der früheren Allmende würden dann die Beteiligten aber keine Realgemeinde mehr, sondern eine Interessentenschaft bilden.

Dieser Ansicht ist grundsätzlich zuzustimmen, soweit sie davon ausgeht, daß mit Auflösung der Realgemeinde die verbleibenden gemeinschaftlichen Angelegenheiten einem neuen Rechtsträger übertragen worden sein müssen. Einer aufgelösten und nicht mehr existenten Körperschaft kann kein Vermögen übertragen werden. Wann aber eine Realgemeinde aufgelöst ist und an ihre Stelle für die verbleibenden gemeinschaftlichen Grundstücke eine Interessentenschaft getreten ist, ist damit noch nicht gesagt.

---

256) Ztschr. f. die Landeskulturgesetzgebung 1914, Band 39, S. 324 ff; OVG 65, S. 124 ff.

257) Selbst dann, wenn der Kreis der nach dem Abschluß des Verfahrens Berechtigten sich mit dem Kreis der ursprünglichen Realgemeindemitglieder deckt, soll es sich dann um Interessentenschaftsvermögen handeln; Ztschr. f. d. Landeskulturgesetzgebung, 39. Band, 1914, S. 330.

Man wird jedoch nicht so sehr, wie es das Oberlandeskulturgericht und das preußische OVG getan haben, auf den Willen der Verfahrensbeteiligten abstellen dürfen, sondern auf den tatsächlichen Erfolg des Verfahrens. Der Wille der Beteiligten läßt sich regelmäßig nicht mehr feststellen und auch nicht aus den Rezessen ersehen. Meist wird den Beteiligten überhaupt eine feste Vorstellung davon gefehlt haben, welches rechtliche Schicksal die Markgenossenschaft durch die Gemeinheitsteilung erfahren würde und in welcher Rechtsform sie die verbleibenden gemeinschaftlichen Grundstücke weiter besitzen würden. Dagegen ist der tatsächliche Erfolg des Auseinandersetzungsverfahrens aus den Rezessen zu ersehen; hieraus können dann die juristischen Folgerungen gezogen werden.

Eine Auflösung der Realgemeinde liegt demnach dann nicht vor, wenn die Realgemeinde im Auseinandersetzungsverfahren lediglich eine Landabfindung erhalten hat, diese Landabfindung aber nicht unter den Markgenossen weiter spezial geteilt worden ist[258]). In diesem Fall ist der Personenzusammenschluß nicht im Verfahren aufgelöst worden. Er hat lediglich für sein ursprüngliches Gesamtnutzungsrecht an fremdem Grund und Boden (z. B. für seine Holzgerechtigkeit am gutsherrlichen Wald) ein Stück Land zur alleinigen Nutzung zugewiesen erhalten. Die Landabfindung rührt in diesem Fall wohl aus dem Auseinandersetzungsverfahren her, nicht jedoch der Personenzusammenschluß. Vielmehr ist in diesem Fall gerade dem bestehenden Verband der alten Realgemeinde bzw. Markgenossenschaft die Abfindung zugewiesen worden.

Ist dagegen eine Gemeine Mark bzw. eine Gesamtabfindung Gegenstand einer Spezialteilung unter den Markgenossen gewesen, so war das Verfahren auf Auflösung der Realgemeinde gerichtet. Die alte Realgemeinde ist untergegangen[259]). Werden bei einer derartigen Gemeinheitsteilung gewisse im Teilungsplan ausgewiesene Grundstücke der gemeinschaftlichen Benutzung der Beteiligten vorbehalten, so sind diese regelmäßig gemeinschaftliches Nutzeigentum der Beteiligten geworden. Aber diese Rechtsgemeinschaft der Beteiligten beruht dann lediglich auf der Auseinandersetzung und braucht auch nicht notwendig nur aus den Mitgliedern der alten Realgemeinde zu bestehen. Auch wenn sich der Kreis der Mitberechtigten mit dem Kreis der früher in der Realgemeinde vereinigten Genossen decken sollte, so ist es doch nicht mehr die alte Realgemeinde, der das Eigentum zusteht, sondern die

258) So auch Oberlandeskulturgericht in Ztschr. f. d. Landeskulturgesetzgebung 1914, 39. Band, S. 329.

259) Oberlandeskulturgericht a. a. O., S. 330.

Gesamtheit derjenigen, die in dem Auseinandersetzungsverfahren Abfindungen erhalten haben[260]). Durch die Spezialteilung ist die alte Markgemeinde aufgelöst, hat auch in Anbetracht der verbleibenden gemeinschaftlichen Angelegenheiten die „bisherige Kommunion aufgehört" (§ 168 LGTO). Hier bilden dann die Verfahrensbeteiligten eine Interessentenschaft[261]).

Anders verhält es sich dagegen, wenn nicht das gesamte Grundvermögen der Markgemeinde im Auseinandersetzungsverfahren befangen gewesen war. Das konnte etwa dann der Fall sein, wenn Markgrundstücke oder Teile davon überhaupt nicht in die Teilungsmasse eingeworfen wurden, nicht im Teilungsplan erschienen, im Rezeß ausdrücklich als von dem Teilungsverfahren nicht betroffen bezeichnet waren, oder wenn diese Grundstücke nur zur Grenzfeststellung und Flächenkontrolle im Rezeß mit aufgeführt worden waren, diese Grundstücke aber der Realgemeinde als solcher belassen wurden[262]). In diesem Fall war eine in ihrem Grundvermögensbestand geschmälerte Realgemeinde bestehen geblieben[263]).

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß auch den politischen Gemeinden als solchen im Auseinandersetzungsverfahren gemeinschaftliche Angelegenheiten zugewiesen sein können. Wenn auch regelmäßig mit der Bildung der politischen Gemeinden auf diese die Grundstücke mit gemeinnützigen Zwecken übergangen sind (wie Armenhäuser, Verwaltungsgebäude, öffentliche Plätze und Wege — nicht Wirtschaftswege — Friedhöfe usw.), deshalb derartige gemeinnützigen, allen Dorfbewohnern dienende Grundstücke nicht in die Teilungsmasse eingeworfen werden konnten, und darum auch eine Aufführung dieser im Teilungsplan nicht möglich war, so sind dennoch in manchen Rezessen diese gemeinnützigen Grundstücke aufgenommen und der „Gemeinde" zugewiesen worden[264]). Unter „Gemeinde" ist hier aber — entgegen der sonstigen Übung — nicht die Markgemeinde, sondern nur die politische Gemeinde zu verstehen. Dies ergibt sich aus der Zweckbestimmung dieser Grundstücke[265]).

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß nach Abschluß der Gemeinheitsteilungsverfahren die meisten aller alten Realgemeinden

260) Oberlandeskulturgericht a. a. O.

261) Holzapfel in Ztschr. f. d. Landeskulturgesetzgebung 1912, Bd. 38, S. 300; Westermann, S. 225 f.

262) Holzapfel a. a. O.

263) OVG in Ztschr. f. d. Landeskulturgesetzgebung 1914, Band 39, S. 337 f; OVG 65, S. 124.

264) Gemeindeberechtigung, S. 12 f.

265) Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 54.

verschwunden waren. Nur ganz selten waren Markgemeinden an einem Spezialteilungsverfahren überhaupt nicht oder nur mit einem Teil ihres Grundvermögens beteiligt und haben sich dadurch ihre Rechtsform erhalten können. Daneben bestehen aber heute häufiger noch Realgemeinden, die nur an einer Generalteilung teilgenommen hatten, dadurch ihren alten Rechtscharakter aber nicht verloren haben. Schließlich gibt es aber noch jetzt sehr viele Realgemeinden, die ihr Grundeigentum erst durch die Ablösung ihrer alten servitutischen Gesamtberechtigung in der Form von Gesamtlandabfindungen erlangt haben.

Zweiter Teil

Die Rechtsstellung der hannoverschen Realgemeinden seit dem Erlaß des Realgemeindegesetzes

A. Das Realgemeindegesetz

I. Der Zweck des Realgemeindegesetzes

Bei den Realgemeinden machte sich wie bei den Interessentenschaften im Laufe des 19. Jahrhunderts der gleiche Mangel einer Vertretung im Rechtsverkehr bemerkbar. Zur Behebung dieses Mangels erging das preußische Gesetz, betreffend die Verfassung der Realgemeinden in der Provinz Hannover vom 5. Juni 1888 (GS., S. 233) — Realgemeindegesetz —.

Vor seinem Erlaß fehlte es fast überall an einer geordneten Organisation und Verfassung der Realgemeinden. Wollte eine Realgemeinde klagen oder sollte sie verklagt werden, so war eine gerichtliche Errichtung eines Syndikats nach § 12 der Untergerichtsordnung vom 5. Oktober 1827 [266]) für diesen Prozeß erforderlich. Die Bestellung eines Syndikus erfolgte in einem umständlichen Verfahren, zu dem sämtliche stimmfähigen Realgemeindemitglieder geladen werden, zwei Drittel derselben erschienen sein und die Hälfte für die Führung des Prozesses gestimmt haben mußten. Hiermit war aber die Vertretung der betreffenden Realgemeinde lediglich für den Einzelfall geregelt. Zum Abschluß von Rechtsgeschäften wurde unter analoger Anwendung der Untergerichtsordnung von 1827 ebenfalls ein Syndikus bestellt [267]) [268]).

---

266) Abgedruckt bei Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 60 f.

267) Münchmeier in Magazin für Deutsches Recht d. Gegenwart, II. Bd., 1882, S. 1 ff, 38.

268) Die Anwendbarkeit der Untergerichtsordnung auf die Realgemeinden wird von Molsen (S. 52 ff) mit der Begründung bestritten, daß „die Untergerichtsordnung durch das Einführungspatent vom 4. Dezember 1847 (Hann. GS. I, S. 383 ff) zur bürgerlichen Prozeßordnung vom gleichen Tage mit Wirkung ab 1. Mai 1848 aufgehoben" worden sei, daß außerdem unter dem Wort

Nach dem oben (S. 51) erwähnten Gesetz über die Gemeinschaftlichen Holzungen vom 14. März 1881 (GS., S. 261)[269] konnten andererseits die Realgemeinden von der Landdrostei als Aufsichtsbehörde angehalten werden, Bevollmächtigte zur Vertretung gegenüber der Forstaufsichtsbehörde zu bestellen (§ 4 a. a. O.). Mit der Möglichkeit der Errichtung eines Syndikats bzw. der Bestellung eines Bevollmächtigten war nicht viel gewonnen, da hiermit die Realgemeinde immer noch keine bleibende Verfassung hatte. Deshalb wurden in manchen Realgemeinden nach § 5 des Gesetzes über die gemeinschaftlichen Holzungen Statuten errichtet[270], die neben der Regelung der Teilnahme- und Stimmrechte auch die innere Organisation der Realgemeinde regelten. Das Gesetz von 1881 erfreute sich jedoch nur geringer Beliebtheit, da es zu allgemein gehalten war, um die besonderen hannoverschen Markenverhältnisse berücksichtigen zu können.

Der mithin allgemein empfundene Mangel einer geordneten Vertretung der Realgemeinden sollte durch das Realgemeindegesetz behoben werden. Hier wurde den Realgemeinden die Möglichkeit gegeben, sich unter staatlicher Mitwirkung ein Statut zu geben und darin ihre Verfassung zu regeln. Weiterhin bezweckte man mit dem Realgemeindegesetz, die besonderen Verhältnisse in der Prov. Hannover, die sich in

---

„Gemeinden" in der Untergerichtsordnung nur die politischen Gemeinden verstanden werden könnten, was sich auch darin zeige, daß sämtliche „stimmfähigen Gemeindeglieder" nach § 12 der Untergerichtsordnung zum Termin zur Syndikatserrichtung zu laden seien, und es die damit vorausgesetzten nichtstimmfähigen Gemeindeglieder nur bei der politischen Gemeinde gegeben hätte (ebenso Westermann, S. 231, Anm. 44). Die Auffassung von Molsen ist jedoch irrig, da die bürgerliche Prozeßordnung auf Grund des Gesetzes vom 22. April 1848 (Hann. GS. I, S. 133) niemals geltendes Recht geworden ist (Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 62). Im übrigen aber ist auch das zweite Argument von Molsen nicht stichhaltig. Bei Erlaß der Untergerichtsordnung im Jahre 1827 waren die Realgemeinden und politischen Gemeinden noch identisch. Es war noch keine klare Trennung im Gesetzeswege erfolgt. Mit der Bildung der politischen Gemeinden mußte deshalb § 12 der Untergerichtsordnung auf beide Seiten der früheren „Gemeinde" — der Markgemeinde — angewendet werden. nämlich auf die Realgemeinde und die politische Gemeinde. Außerdem wurde bereits gezeigt, daß auch bei der alten Markgemeinde die sog. Schutzgenossen kein Stimmrecht hatten.

269) Verschiedene Forstaufsichtsgesetze sahen ebenfalls eine Bevollmächtigtenbestellung für die Realgemeinden vor; siehe unten S. 172 ff.

270) Im Bezirk des Amtes Reinhausen wurde z. B. ein Musterstatut aus dem Jahre 1881 viel verwendet. Vgl. Acta generalia der vormaligen Landdrostei Hildesheim betreffend Regelung der Verhältnisse der Realgemeinden, Vol. I, Sect. IV, Abtlg. D Nr. 18, Bl. 18 d. Akten.

den aus den alten Markgenossenschaften hervorgegangenen Realgemeinden erhalten hatten, nach Möglichkeit zu schonen und aufrecht zu erhalten [271]).

II. Die Definition der Realgemeinden

Der Begriff „Realgemeinde" ist in § 1 des Realgemeindegesetzes, wie bereits ausgeführt wurde [272]), recht unzulänglich definiert [273]). Auch die zunächst (oben S. 2f) gegebene Definition der Realgemeinde als der Rechtsträgerin der früheren Allmende erfordert auf Grund der historischen Darlegungen einige weitere Ausführungen.

Als Realgemeinden im Sinne des Realgemeindegesetzes können jetzt nur noch solche Rechtsträger der früheren Gemeinen Marken aufgeführt werden, die sich direkt auf die alte Markenverfassung zurückführen lassen. Damit sind die Personenverbände ausgeschieden, die ihren Ursprung erst in den Gemeinheitsauseinandersetzungen haben, aber trotzdem als Interessentenschaften Eigentümer eines Teiles einer früheren Gemeinen Mark sind. Andererseits darf die gegebene Definition bezüglich der historischen Wurzel der Realgemeinden nicht so streng ausgelegt werden, daß nur solche Genossenschaften als Realgemeinden angesprochen werden, die schon in den ältesten Zeiten eine Allmende auf der Grundlage der Markenverfassung nutzten [274]). Das ist mit dieser Definition nicht gesagt [275]). Zu fordern ist lediglich, daß die Genossenschaft schon vor der Gründung der politischen Gemeinden deren kommunale Funktionen neben ihrer rein wirtschaftlichen Aufgabe (der Nutzung der Gemeinheit) wahrnahm [276]) [277]).

---

271) OVG 65, S. 127 ff, Spohr, Die hann. Realgemeinden, S. 34.

272) Vgl. 1f der Arbeit.

273) § 1 RGGes: „Genossenschaften, deren Mitglieder kraft ihrer Genossenschaftsangehörigkeit zur Nutzung einer Gemeinheit berechtigt sind ..."

274) Ein solcher Nachweis wird sich wohl auch nur sehr selten führen lassen.

275) a. A. offenbar Schnoor, S. 25.

276) So wohl auch RG in DR 1939, S. 932.

277) Es gibt viele erst im Mittelalter entstandene Markgenossenschaften. Die Forstgenossenschaft Herzberger Grafenforst in Herzberg verdankt ihren Waldbesitz einem Gnadengeschenk des damaligen Kurfürsten von Hannover aus dem Jahre 1667. Erst zu dieser Zeit schlossen sich die Berechtigten zu einer Gerechtsamengemeinde zusammen. — Vgl. Akten des Nds. Min. d. Innern 321/000 32, Heft „B", Bericht des Nds. Landvolks vom 27. Juni 1949 mit Anlage vom 22. 6. 1949. Auch der „Göttinger Wald" ist erst 1380 durch Kauf seitens der Vertreter der Stadt erworben und später mit Holzberechtigungen der damaligen Bürger belastet worden. Eine Realgemeinde hat sich aber in Göttingen nicht gebildet, da hier die Berechtigten nicht genossenschaftlich zusammengeschlossen

Einer weiteren Ergänzung bedarf die zunächst gegebene Definition mit Rücksicht auf § 1 Abs. 2 RGGes, wonach es nicht notwendige Voraussetzung für das Vorliegen einer Realgemeinde ist, daß diese Eigentümerin der früheren Allmende ist [278]). Hiernach ist es neben dem Normalfall, in dem die Realgemeinde selbst Grundeigentümerin ist, auch möglich, daß der Realgemeinde lediglich ein Nutzungsrecht an dem Grundeigentum eines Dritten (z. B. der Gemeinde, der Stadt usw.) zusteht, oder daß mehrere Realgemeinden Miteigentümer einer früheren Allmende sind, eine Generalteilung also nicht stattgefunden hat, trotzdem aber mehrere Realgemeinden sich an der gleichen Gemeinen Mark (vor allem wohl in Anlehnung an die Grenzen der politischen Gemeinden) gebildet haben [279]).

Die im Realgemeindegesetz (§ 1 Abs. 2, 2. Alternative) weiterhin eröffnete Möglichkeit, daß die gemeinschaftlich genutzten Vermögensgegenstände auch im Eigentum der Realgemeindemitglieder stehen können, trägt nur der damals teilweise verbreiteten Ansicht Rechnung, daß die Markgenossen eine römisch-rechtliche Gemeinschaft von Miteigentümern bildeten [280]); sie ist heute ohne große praktische Bedeutung.

III. Das Verfahren bei Statutserrichtung nach dem Realgemeindegesetz unter besonderer Berücksichtigung der neuesten Rechtsentwicklung

Die Bestimmungen des Realgemeindegesetzes beschränken sich im wesentlichen auf die Regelung *des Verfahrens bei Statutserrichtung.*

---

waren — Schmucker, S. 8, 89 ff; Urkundenbuch der Stadt Göttingen I, S. 115.

278) § 1 Abs. 2 RGGes: „Für die Anwendbarkeit dieses Gesetzes ist es unerheblich, ob die gemeinschaftlich genutzten Vermögensgegenstände im Eigentum der Genossenschaft oder ihrer Mitglieder oder eines Dritten, oder in Miteigentum mehrerer Genossenschaften sich befinden."

279) In der Literatur, den Gesetzesmotiven und der Rechtsprechung ist kein derartiger Fall festzustellen. Interessant ist jedoch, daß sich in diesem Fall Markgemeinden ohne Generalteilung in kleine Realgemeinden zersplittern konnten, was wahrscheinlich erst bei der Gründung der politischen Gemeinden zu Anfang des 19. Jhdts. geschehen sein wird. Das ist nur mit der ursprünglich engen Verknüpfung von wirtschaftlicher und politischer Seite bei den Markgemeinden zu erklären. Bei der Bildung der politischen Gemeinden wird die Grenzziehung auch auf die Mitglieder der alten Markgemeinde übertragen worden sein, so daß entsprechend den Grenzen der politischen Gemeinden die Mitglieder der alten Markgemeinde je nach ihrer Zugehörigkeit zu den verschiedenen politischen Gemeinden neue Realgemeinden bildeten, während die Allmende ungeteilt blieb.

280) Durch die korporative Ausgestaltung wird aber die Gemeinschaft der Miteigentümer mit der Statutserrichtung in eine juristische Person umgewandelt.

Nach § 5 des RGGes wird grundsätzlich das Realgemeindestatut in einer Genossenversammlung unter *Leitung* des örtlich zuständigen Landrats [281]) durch Beschluß der Mitglieder der Realgemeinde errichtet.

Auf Grund der Kommunalrechtsreform von 1946 [282]) kann nunmehr die Leitung der Realgemeindemitgliederversammlung bei der Beschlußfassung über einen Statutsentwurf nicht mehr in der Hand des Landrats liegen. Der Landrat ist heute lediglich Vorsitzender des Kreistages [283]) und nicht mehr staatlicher Beamter. Die Aufgaben des früheren staatlichen Landrats hat heute insgesamt der Kreistag übernommen. In seinen Händen liegt die Verwaltung der Kreisangelegenheiten. Damit müßte an sich auch der Kreistag die Verhandlungsleitung bei einer Realgemeindestatutserrichtung übernehmen. Hierzu ist er als Kollegium jedoch seiner Natur und Zusammensetzung nach nicht in der Lage. Außerdem wollte der Gesetzgeber offenbar mit der Übertragung der Verhandlungsleitung auf den früheren Landrat sicherstellen, daß die Realgemeinden bei der Beratung und Beschlußfassung über ihre Statuten einen rechtskundigen Beistand hatten [284]). Nach dem sinngemäß anwendbaren § 34 rev. DGO erfüllt der Kreistag seine Verwaltungsaufgaben durch die Kreisbeamten, die nach seinen Weisungen zu handeln haben. Deshalb hat nach heutigem Kommunalrecht der Oberkreisdirektor oder ein von ihm bestimmter Kreisbeamter [285]) die

---

281) Die örtliche Zuständigkeit des Landrats richtet sich nach der Zugehörigkeit der Realgemeindegrundstücke — „Gemeinheit" —, nicht der Realgemeindemitglieder zu dem betreffenden Landkreis. Der örtlich zuständige Landrat wird in Zweifelsfällen vom Regierungspräsidenten bzw. Oberpräsidenten — demnach heute vom Nds. Min. d. I. — bestellt (§ 3 Abs. 2 RGGes).

282) Instruction Nr. 100 der brit. Mil-Reg., Vorbem., Ziffer 2, i. V. m. Verordnung Nr. 21 d. brit. Mil.-Reg. u. d. rev. DGO vom 30. Januar 1935/1. April 1946 (ABL Mil.-Reg., S. 127) u. d. Nds. Ges. z. vorläufigen Regelung einiger Punkte des Selbstverwaltungsrechts v. 28. Mai 1947 (GVBl, S. 62) in der Fassung d. 7. Änderungsgesetzes v. 12. März 1951 (GVBl, S. 75).

283) § 1 Abs. 3 des Selbstverwaltungsgesetzes i. V. m. der Instruktion Nr. 100 der brit. Mil.-Reg. und § 6 d. rev. DGO.

284) Die Verhandlungsleitung als solche verlangt keine Verwaltungsentscheidungen. Der Leiter einer Genossenversammlung hat gewiß praktisch großen Einfluß auf die Beschlußfassung, nicht aber rechtlich. Die Realgemeinde kann gegen seinen Willen ein bestimmtes Statut beschließen, ohne daß er dies verhindern könnte. Schon der Landrat hat nach dem Realgemeindegesetz kein Stimmrecht in der Mitgliederversammlung.

285) Da schon der staatliche Landrat nach dem Realgemeindegesetz nicht unbedingt persönlich die Verhandlung leiten mußte, also auch einen Vertreter bestimmen konnte, wird man unbedenklich annehmen können, daß auch

Leitung der Beschlußfassung. Vorzugsweise sind diese als Beamte mit den Verwaltungsgeschäften und den gesetzlichen Bestimmungen vertraut und erfüllen die vom Gesetzgeber des Realgemeindegesetzes gewollten Voraussetzungen eines Verhandlungsleiters.

Nach § 4 RGGes erfolgt die *Einberufung* einer Genossenversammlung zur Errichtung des Statuts nicht durch die Realgemeinde selbst, sondern immer durch den Landrat unter Beachtung besonderer Formvorschriften [286]). Jedoch kann schon ein einzelnes Mitglied der Realgemeinde nach § 3 RGGes einen Antrag auf Ladung der Mitgliederversammlung beim örtlich zuständigen Landrat stellen, der bei Zulässigkeit des Antrages die Genossen zur Beschlußfassung einberufen, bei Unzulässigkeit des Antrages diesen unter Zustimmung des Kreisausschusses zurückweisen mußte [287]).

Außerdem kann nach § 3 Abs. 1 RGGes die Genossenversammlung zur Beschlußfassung über ein Statut auch ohne Antrag eines Realgemeindemitglieds von Amts wegen durch den Landrat mit Zustimmung des Kreisausschusses einberufen werden, wenn für die Statutserrichtung ein öffentliches Interesse besteht. Ein öffentliches Interesse an der Errichtung eines Realgemeindestatuts liegt nach der Gesetzesbegründung [288]) schon dann vor, wenn eine „dritte Person, welche zu der Realgemeinde in einem Rechtsverhältnis steht, durch die mangelnde Organisation derselben darin gehindert ist, ihr Recht bei Gericht zu verfolgen“ [289]).

---

heute ein vom Oberkreisdirektor bestimmter Kreisbeamter die Verhandlung führen kann.

286) § 4 Abs. 3—5 RGGes.

287) Ein Einberufungsantrag ist zulässig, wenn der Antragsteller legitimiert, also Mitglied der Realgemeinde ist, und wenn es sich um eine Realgemeinde im Sinne des Realgemeindegesetzes handelt. Meistens wird sich allerdings beides zweifelsfrei erst im Laufe des Statutserrichtungsverfahrens klären lassen.

288) Sten. Berichte 1888, Herrenhaus, Anlagen, 2. Bd., Drucksache Nr. 14, Seite 121.

289) Eigentlich kann in einem solchen Fall von einem öffentlichen Interesse nicht gesprochen werden, da die Statutserrichtung hier nur im Interesse eines einzelnen liegt. Jedoch kann dieser Einzelfall als Indiz dafür angesehen werden, daß auch ein Interesse des allgemeinen Rechtsverkehrs an der statutarischen Regelung besteht. Dieses allgemeine Interesse ist eben nur in diesem Einzelfalle in Erscheinung getreten. Konsequent zu Ende gedacht, muß man dann aber bei unklaren Vertretungs- und Beteiligungsverhältnissen grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Statutserrichtung annehmen. Tatsächlich ist von den Kreisverwaltungen leider nur sehr wenig von der Möglichkeit Gebrauch gemacht worden, so eine Regelung der Verfassung der Realgemeinden herbeizuführen.

Mit der Neuordnung des Kommunalrechts ist auch hier die Frage bedeutsam geworden, wer nun für die Einberufung der Genossenversammlung von Amts wegen, wer für die Entgegennahme und wer gegebenenfalls für die Zurückweisung des Antrags auf Einberufung einer Genossenversammlung zuständig geworden ist. Der nach dem Realgemeindegesetz zuständige Landrat hat im neuen Kommunalrecht jede Selbständigkeit bei Verwaltungshandlungen verloren und seine Zuständigkeiten im Prinzip an den Kreistag abgegeben; denn der Kreistag führt heute die Verwaltung in allen Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten des Landkreises. Der häufige Versuch, die Stellung des Oberkreisdirektors der des früheren Landrats anzugleichen, findet keine Stütze im Gesetz. Der Hauptverwaltungsbeamte des Landkreises erfüllt keine eigenen Verwaltungsaufgaben, sondern der Kreistag bedient sich lediglich zur Erfüllung seiner Aufgaben des Oberkreisdirektors. Wenn der Oberkreisdirektor selbständig Verwaltungsentscheidungen treffen soll, so muß ihm diese Entscheidungsbefugnis vom Kreistag übertragen sein. Demnach hat nach heutigem Kommunalrecht der Kreistag die Befugnisse des Landrats nach §§ 3, 4 RGGes übernommen.

Das Realgemeindegesetz sah aber weiterhin bei der Einberufung einer Genossenversammlung von Amts wegen und bei der Zurückweisung eines unzulässigen Antrages eine *Mitwirkung des Kreisausschusses* vor. Der Kreisausschuß mußte zu diesen Verwaltungshandlungen des Landrats seine Zustimmung erteilen (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 RGGes).

Es fragt sich deshalb, ob und gegebenenfalls wer nach der Kommunalrechtsreform seine Zustimmung zu diesen Verwaltungsmaßnahmen erteilen muß. Einen Kreisausschuß im Sinne der Bestimmungen des Realgemeindegesetzes gibt es im modernen Kommunalrecht nicht mehr. Nach preußischem Recht erfüllte der Kreisausschuß eine dreifache Funktion: 1. als kommunale Verwaltungsbehörde, 2. als Organ der allgemeinen Landesverwaltung, 3. als Verwaltungsgericht erster Instanz [290]). Die nach dem Realgemeindegesetz zu erteilenden Zustimmungen stellen sich als dem Kreisausschuß durch Gesetz übertragene „Geschäfte der allgemeinen Landesverwaltung" im Sinne der Kreisordnung für die Prov. Hannover vom 6. Mai 1884 (Preuß. GS., S. 181) dar. Sie sind keine Selbstverwaltungsangelegenheiten des Landkreises, sondern Auftragsangelegenheiten [291]). Bei der Besorgung der Ge-

290) Vgl. v. Bitter, Handwörterbuch, I. Bd., „Kreisausschuß", S. 1089 ff; Stier-Somlo, Handbuch, 1. Bd., S. 670 ff.

291) Vgl. v. Brauchitsch, Bd. 7 (19. Aufl.), § 134 KrO, Anm. 5.

schäfte der allgemeinen Landesverwaltung wurde der Kreisausschuß entweder im Verwaltungsstreitverfahren oder im Beschlußverfahren tätig (§ 54 LVG). Bei den Zustimmungen der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 RGGes handelt es sich um Beschlußsachen [292]). Nach § 1 des Anpassungsgesetzes (Gesetz zur Anpassung der Landesverwaltung an die Grundsätze des nationalsozialistischen Staates vom 15. Dezember 1933 [Preuß. GS., S. 479]) sind die Kreisausschüsse als Beschlußbehörden der staatlichen Landesverwaltung beseitigt worden. Soweit die Beschlußtätigkeit des Kreisausschusses eine selbständige war, ging diese Zuständigkeit auf den Landrat über (§ 9 a. a. O.), soweit sie nur eine die Entscheidungen anderer Verwaltungsbehörden ergänzende war, entfiel sie überhaupt (§ 8 a. a. O.). Die Zustimmung zu der Anordnung des Landrats auf Einberufung einer Genossenversammlung im öffentlichen Interesse und zur Zurückweisung eines unzulässigen Einberufungsantrages eines Genossen stellte eine ergänzende Mitwirkung des Kreisausschusses dar. Deshalb war die Zustimmung des Kreisausschusses nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 RGGes auf Grund des § 8 des Anpassungsgesetzes weggefallen [293]). Somit entschied seit dem Anpassungsgesetz in den Fällen der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 RGGes der Landrat allein [294]). Jedoch sind durch § 2 der Verordnung des Oberpräsidenten für die Provinz Hannover über die Wiederaufnahme der Tätigkeit der Verwaltungsgerichte vom 17. August 1946 (ABl. Nds., S. 59) „die auf Grund vor dem 30. Januar 1933 geltenden Rechts" — d. h. also auch vor dem Anpassungsgesetz — vom Kreisausschuß im Verwaltungsstreit- und *Beschluß*verfahren wahrgenommenen Tätigkeiten wiedereingeführt und den Bezirksverwaltungsgerichten zur Erledigung übertragen worden. Damit hatte nach 1946 zunächst das Bezirksverwaltungsgericht die Zustimmung zu den Maßnahmen des Kreistages nach § 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 RGGes zu erteilen [295]). Auf Grund der

292) So auch ausdrücklich im Hinblick auf §§ 3 Abs. 1, 4, Abs. 1 RGGes: Friedrichs, § 559, Anm. 17.

293) Vgl. hierzu Froelich, Ergänzungsheft 2 zu Bd. 1, v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze, § 1 Anm. 2; § 8 Anm. 1.

294) So auch Steffens, S. 40, Anm. 1.

295) § 2 der Verordnung des Oberpräsidenten vom 17. August 1946 spricht von Sachen, die im Beschlußverfahren „entschieden wurden". Wenn auch die Zustimmung des Kreisausschusses keine selbständige, sondern eine mitwirkende Entscheidung ist — und deshalb auch nicht nach § 9 des Anpassungsgesetzes behandelt wurde, vielmehr nach § 8 des Anpassungsgesetzes entfiel —, so fällt sie dennoch unter § 2 der Verordnung des Oberpräsidenten vom 17. August 1946, da diese Bestimmung die Unterscheidung zwischen entscheidenden und mitwirkenden Beschlußbehörden (wie das Anpassungsgesetz) nicht macht. An-

Nds. Verordnung über die Zuständigkeiten in Beschlußsachen vom 14. Juni 1948 (GVBl, S. 67/72) i. V. m. Art. VIII der Verordnung Nr. 141 der brit. Mil.-Reg. (ABl Mil.-Reg., S. 719) wurden aber die Verwaltungsgerichte von den Beschlußsachen wieder entlastet und diese den Selbstverwaltungskörperschaften zugewiesen. Nach § 2 a. a. O. sind in solchen Beschlußsachen, in denen die früheren Kreis- bzw. Stadtausschüsse zuständig waren, die Vertretungen der Stadt- und Landkreise zuständig, die durch ihren Hauptausschuß oder einen besonders errichteten Beschlußausschuß entscheiden. Somit wäre heute zur Erteilung der in §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 RGGes genannten Zustimmungen ebenfalls der Kreistag zuständig, der durch seinen Hauptausschuß oder einen besonders bestellten Beschlußausschuß zu entscheiden hätte. Es wäre nun aber widersinnig, daß einerseits der Kreistag — an Stelle des früheren Landrats — die Einberufung einer Genossenversammlung im öffentlichen Interesse von Amts wegen beschließt, und daß andererseits diese Entscheidung des Kreistages der Zustimmung des Hauptausschusses (Beschlußausschusses) — als Nachfolger des früheren Kreisausschusses in Beschlußsachen — bedarf. Deshalb ist nunmehr die Zustimmung nach § 3 Abs. 1 RGGes entfallen; denn in jeder Entscheidung ist die Zustimmung der entscheidenden Stelle als das Geringere mit enthalten. Wenn auch auf diese Weise der Kreistag selbst eine Beschlußsache — nämlich die latente Zustimmung zu seiner Entscheidung — gleichzeitig mit wahrnimmt, und er somit eine Beschlußsache nicht „durch seinen Hauptausschuß" (Beschlußausschuß) wahrnehmen läßt, so wird man hierin dennoch keinen Verstoß gegen § 2 der Nds. Verordnung über die Zuständigkeiten in Beschlußsachen sehen können. Diese Vorschrift spricht ausdrücklich von einer Zuständigkeit der Kreisvertretung. Lediglich zu ihrer eigenen Entlastung soll diese die Beschlußsachen durch ihren Hauptausschuß (Beschlußausschuß) entscheiden lassen. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Kreistag seine Zuständigkeit in Beschlußsachen an den Hauptausschuß (Beschlußausschuß) vollständig verloren hat und nicht auch selbst hierin tätig werden kann. Somit entscheidet nunmehr der Kreistag allein und selbständig über die Einberufung einer Genossenversammlung in öffentlichem Interesse nach § 3 Abs. 1 RGGes. Entsprechendes gilt für die Prüfung und Zurückweisung eines Antrags auf Einberufung einer Genossenversammlung zum Zweck der Statutserrichtung. Eine Übertragung der Befugnisse des Kreistages aus §§ 3, 4 RGGes auf den

derenfalls würde ja für die Fälle des § 8 des Anpassungsgesetzes jede Bestimmung im neuen Kommunalrecht fehlen und es bei der Regelung des Anpassungsgesetzes bewenden.

Hauptverwaltungsbeamten kommt nicht in Betracht. Eine Delegierung des Zustimmungsrechts des früheren Kreisausschusses auf den Oberkreisdirektor ist nicht zulässig, da die Wahrnehmung von Beschlußsachen ihrer Natur nach in der Hand eines Kollegiums liegen muß[296]). Dagegen würde die Übertragung der Entscheidungsbefugnis des früheren Landrats nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 RGGes auf den Hauptverwaltungsbeamten an sich möglich sein. Im Ergebnis wäre sie jedoch wertlos, da immer noch die Zustimmung der Kreisvertretung — als Beschlußsache — zu der Entscheidung des Oberkreisdirektors erforderlich bliebe. Deshalb ist seit der Kommunalrechtsreform für die Einberufung einer Genossenversammlung von Amts wegen und für die Prüfung und Zurückweisung eines Antrages auf Einberufung einer Genossenversammlung ausschließlich der Kreistag zuständig.

Nach § 5 Abs. 1 RGGes erfolgt die *Beschlußfassung* über den Statutsentwurf, der gewöhnlich von der Kreisverwaltung nach Anhörung der Wünsche der Realgemeinde ausgearbeitet worden ist, nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen[297]). Grundsätzlich entspricht der Umfang des Stimmrechts der Realgemeindemitglieder dem bekannten und feststehenden Umfang der Teilnahmerechte. Soweit in der Realgemeinde ein Gewohnheitsrecht besteht, das den Umfang des Stimmrechts anders regelt, ist dieses bei der Abstimmung zugrunde zu legen (§ 5 Abs. 2 des Realgemeindegesetzes).

Nach § 5 Abs. 3 RGGes war „in Zweifelsfällen über das Bestehen der Mitgliedschaft und das Stimmgewicht vom Kreisausschuß" im Beschlußverfahren[298]) „endgültig für die Dauer der Beschlußfassung über den Erlaß des Statuts" Entscheidung zu treffen, damit das Zustandekommen eines Statuts nicht wegen der unklaren Verteilung der Teilnahme- und Stimmrechte scheitern oder über Gebühr dadurch verzögert werden konnte, daß erst eine gerichtliche Entscheidung nachgesucht werden mußte. Mit „Zweifelsfällen" können hier nicht alle die Fälle gemeint sein, in denen der Landrat — oder heute

---

296) a. A. wohl Haarmann, in DVBl 1952, S. 490, der aber verkennt, daß Beschlußsachen ihrem Wesen nach schon von einem Kollegium beraten und „beschlossen" werden müssen. Vgl. hierzu §§ 115 ff LVG.

297) Hierbei ist so zu verfahren, daß nach einer Generaldebatte eine Abstimmung über die einzelnen Bestimmungen des Satzungsentwurfes vorgenommen wird, und anschließend eine Abstimmung über den gesamten, gegebenenfalls in der Spezialdiskussion abgeänderten Satzungsentwurf erfolgt. Nur so ist ein ordnungsgemäßes Zustandekommen des Satzungsbeschlusses nach dem Willen der Realgemeinde gewährleistet.

298) So auch K. Friedrichs, 3. Bd., S. 1085, Anm. 39.

der Oberkreisdirektor — als Leiter der Statutserrichtungsverhandlung einen Zweifel an dem Umfang eines Stimmrechts hegt. Vielmehr ist zu verlangen, aber auch als ausreichend anzusehen, daß das seine Mitgliedschaft bzw. ein bestimmtes Stimmrecht behauptende Mitglied der Schmälerung seiner Rechte widerspricht und eine Entscheidung über das Bestehen und den Umfang seiner Rechte — gegebenenfalls unter Beweisantritt — beantragt [299]). Der Regierungskommissar vertrat bei den Gesetzesberatungen den Standpunkt, daß der Landrat nur in solchen Fällen eine Entscheidung des Kreisausschusses herbeiführen sollte, in denen er — der Landrat — Zweifel habe, ob das Stimmgewicht der einzelnen Mitglieder feststeht. Ein Zweifel brauche aber noch nicht durch jeden Widerspruch eines Mitglieds ausgelöst zu werden. Diese Auslegung des § 5 Abs. 3 RGGes ist — zumindest nach heutigen Vorstellungen — nicht mehr zulässig. Dem Verhandlungsleiter würde sonst die Möglichkeit gegeben, einem Mitglied den Rechtsweg im Beschlußverfahren abzuschneiden. Die Zulässigkeit des Beschlußverfahrens darf aber nicht Gegenstand einer bindenden Vorentscheidung des Landrats — heute des Oberkreisdirektors — sein. Vielmehr muß nach § 5 Abs. 3 RGGes bei Vorliegen eines Antrags das Beschlußverfahren zur Feststellung der Mitgliedschaft und des Stimmgewichts in der Realgemeinde durchgeführt werden.

An die Stelle des Kreisausschusses als Beschlußbehörde ist heute der Kreistag getreten, der durch seinen Haupt- bzw. Beschlußausschuß entscheidet [300]). Nach § 5 Abs. 1 der Nds. Verordnung vom 14. Juni 1948 i. V. m. §§ 22 Abs. 2, 44 Abs. 2 der Verordnung 165 [301]) ist aber die Entscheidung des Haupt- oder Beschlußausschusses über das Bestehen der Mitgliedschaft und über das Stimmgewicht für die Dauer der Statutserrichtung nicht mehr — wie noch im Realgemeindegesetz vorgesehen — eine endgültige, sondern ohne vorherigen Einspruch im Verwaltungsstreitverfahren anfechtbar [302]). Die Klage ist innerhalb eines Monats seit Zustellung des mit einer Rechtsmittelbelehrung ver-

---

299) a. A. Stenographische Berichte 1888, Herrenhaus, 1. Band, S. 20 f; Haus der Abgeordneten, 3. Band, S. 1844 f.

300) § 2 Abs. 1 der Nds. Verordnung über die Zuständigkeiten in Beschlußsachen vom 14. Juni 1948 i. V. m. der Verordnung 141 der brit. Mil.-Reg. Nach § 9 des Anpassungsgesetzes war seit 1933 die Entscheidungsbefugnis über die Mitgliedschaft und das Stimmgewicht auf den Landrat übergegangen, vgl. im übrigen S. 71 ff oben.

301) Verordnung Nr. 165 der brit. Mil.-Reg. über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der brit. Zone vom 15. September 1948 (VOBl brit. Zone, S. 263).

302) Vgl. Haarmann, in DVBl 1950, S. 40.

sehenen Beschlusses zu erheben[303]). Diese Anfechtbarkeit des Beschlusses steht in klarem Widerspruch zu § 5 Abs. 3 Satz 2 RGGes, ist aber eine notwendige Folge der Einführung der Generalklausel im Verwaltungsstreitverfahren (§ 5 der Nds. Verordnung vom 14. Juni 1948; § 22 Abs. 2 der Verordnung 165)[304]). Die Klage ist gemäß § 50 der Verordnung 165 gegen die im Beschlußverfahren tätig gewordene Beschlußbehörde zu richten.

Das in der Mitgliederversammlung beschlossene Statut bedarf nach § 7 Abs. 1 RGGes der *Genehmigung* des Bezirksausschusses. Durch §§ 1, 9 des Anpassungsgesetzes waren die Bezirksausschüsse beseitigt und die Entscheidungen in Beschlußsachen an Stelle des Bezirksausschusses nunmehr vom Regierungspräsidenten getroffen worden. Bis zum heutigen Tage wird dies in fast allen Regierungsbezirken der ehemaligen Provinz Hannover weiter so gehandhabt[305]). Diese Handhabung in der Praxis entspricht jedoch nicht dem Gesetz. Die Genehmigung der Statuten waren dem Bezirksausschuß als Beschlußsachen zugewiesen[306]). Auf Grund der Verordnung des Oberpräsidenten vom 17. August 1946 und der Nds. Verordnung über die Zuständigkeiten in Beschlußsachen in Verbindung mit der Verordnung 141 sind nach vorübergehender Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsgerichte heute die

---

303) § 48 Verordnung 165 i. V. m. § 5 der Nds. Verordnung vom 14. Juni 1948. Haarmann a. a. O.

304) Auf Grund des § 7 Abs. 4 RGGes wäre eigentlich schon ein hinreichender Rechtsschutz für die Realgemeindemitglieder gegen Beschneidung ihrer Rechte gegeben. (So auch Stenographische Berichte 1888, Herrenhaus, 2. Band, Drucksache Nr. 14, S. 10.) Seit Einführung der Generalklausel im Verwaltungsstreitverfahren konkurrieren aber nun zwei Möglichkeiten, eine Entscheidung über das Teilnahme- bzw. Stimmrecht im Verwaltungsstreitverfahren herbeizuführen, einmal eine vorläufige, während der Errichtung des Statuts (§ 5 Abs. 3 RGGes i. V. m. § 5 Abs. 1 der Verordnung über die Zuständigkeiten in Beschlußsachen) und zum anderen eine endgültige nach Genehmigung des Statuts (§ 7 Abs. 4 RGGes).

305) Die einzige Ausnahme macht hier der Regierungsbezirk Stade, wo die Genehmigungen nach § 7 Abs. 1 RGGes vom Bezirksbeschlußausschuß erteilt werden; vgl. die Akten des Nds. Ministeriums des Innern, Bericht des Regierungspräsidenten in Stade vom 27. Februar 1952.

306) So ausdrücklich auch Friedrichs, 3. Bd., S. 1082, Anm. 9. Daß es sich bei der Genehmigung der Statuten der Realgemeinde um Beschlußsachen handelt, folgt auch daraus, daß nach § 7 Abs. 4 RGGes in letzter Instanz der Provinzialrat angerufen werden konnte. Der Provinzialrat war aber nur Beschlußbehörde (§ 54 Abs. 4 LVG). Im übrigen spricht auch § 7 Abs. 4 RGGes im Hinblick auf die Genehmigung des Statuts ausdrücklich von einem „Beschluß des Bezirksausschusses".

Beschlußausschüsse in den einzelnen Regierungsbezirken (Bezirksbeschlußausschüsse) für die Genehmigung der Statuten zuständig [307]), da nach dem Rechtszustand vom 30. Januar 1933 hierfür die Zuständigkeit der Bezirksausschüsse begründet war [308]).

Wenn das von der Realgemeindemitgliederversammlung beschlossene Statut nicht die Genehmigung des Bezirksausschusses findet oder ein Statut nicht zustande kommt, kann nach § 7 Abs. 2 RGGes der Bezirksbeschlußausschuß im Beschlußverfahren gegen den Willen der Realgemeinde ein *Statut feststellen,* falls die Regelung der Verfassung der Realgemeinde im öffentlichen Interesse liegt. Voraussetzung der Feststellung ist aber immer, daß zunächst eine Genossenversammlung zum Zwecke der Statutserrichtung entweder auf Antrag oder von Amts wegen unter Beachtung der besonderen Formvorschriften einberufen worden war.

Auch *Statutenänderungen* müssen vom Bezirksbeschlußausschuß genehmigt werden (§ 7 Abs. 3 RGGes.). Das bezieht sich nach dem Verhandlungsprotokoll [309]) nicht nur auf die Abänderung der nach dem Realgemeindegesetz errichteten Statuten, sondern auch auf solche, die schon vor dem Erlaß des Realgemeindegesetzes formfrei errichtet wurden. Im letzteren Fall ist jedoch zu beachten, daß das abgeänderte Statut nunmehr auch den gesetzlichen Anforderungen des § 6 RGGes zu entsprechen hat. Gerade dies soll doch durch die Genehmigung des Beschlußausschusses gewährleistet werden.

Die Leitung der Mitgliederversammlung zur Abänderung des Statuts braucht nicht durch den Landrat — heute durch den Oberkreisdirektor — vorgenommen zu werden. Eine staatliche Mitwirkung bei einer Statutsänderung ist im Realgemeindegesetz nicht vorgesehen. Eine Verweisung auf die §§ 3, 4, 5 RGGes ist in § 7 Abs. 3 RGGes nicht erfolgt. Eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmungen ist nicht möglich und vom Gesetzgeber auch nicht gewollt. Dagegen ist eine Einberufung einer Genossenversammlung zum Zwecke einer Statutsänderung und eine Feststellung einer Statutsänderung von Amts wegen zulässig [310]), obschon in § 7 Abs. 3 RGGes auch eine diesbezügliche Verweisung (auf §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 2 RGGes) fehlt. Man wird jedoch a maiore ad minus schließen können, daß der Gesetzgeber bei Vor-

---

307) a. A. ohne Begründung Engelke in Kommunaldienst 1950, S. 53.

308) Wie vorstehend neuerdings auch ausdrücklich Urteil LVG Hannover — auswärtige Kammer Hildesheim — vom 26. März 1953 — AH 515/50.

309) Sten. Berichte 1888, Haus der Abgeordneten, 3. Bd., Anlagen, Aktenstück Nr. 166, S. 1846.

310) So auch OVG 65, S. 123 f.

liegen eines öffentlichen Interesses an einer Statutsänderung den Verwaltungsbehörden die gleichen Befugnisse geben wollte, wie bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der Errichtung eines ganzen Statutes.

Für Realgemeinden, die im Gebiet einer Stadt ihren Grundbesitz haben, sind nach § 10 RGGes die Zuständigkeiten im Statutserrichtungsverfahren besonders geregelt. Hier war an Stelle des Landrats und an Stelle des Kreisausschusses der Magistrat zuständig, an dessen Stelle nach dem heute geltenden Kommunalrecht der Rat der Stadt und, soweit es sich um Beschlußsachen handelt, der Haupt- bzw. Beschlußausschuß getreten ist. Die in § 10 a. a. O. erfolgte Übertragung der Verhandlungsleitung bei Statutserrichtung auf den Magistrat scheint ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers zu sein [311]). Ein Kollegium ist zur Verhandlungsleitung nicht in der Lage. Hierzu kann in den Städten entsprechend wie in den Landkreisen nur der Hauptverwaltungsbeamte, also der Stadtdirektor (Oberstadtdirektor) berufen sein. Bei verständiger Auslegung kann man nur zu diesem Ergebnis kommen. Anderenfalls muß eine stillschweigende Delegierung der Verhandlungsleitung von dem Rat der Stadt auf den Hauptverwaltungsbeamten bzw. dessen Vertreter angenommen werden.

IV. Die Rechtsbehelfe im Anschluß an die Statutserrichtung

Nach § 7 Abs. 4 RGGes findet gegen den Genehmigungsbeschluß des Bezirksausschusses hinsichtlich der im Statut zu treffenden Bestimmungen über den Umfang der Teilnahme- und Stimmrechte „innerhalb zwei Wochen der Antrag auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren unter den Mitgliedern der Realgemeinde statt". Entsprechendes gilt für die Genehmigung einer Statutsänderung und für die Feststellung eines Statuts von Amts wegen. § 7 Abs. 4 RGGes lautet:

> „Gegen den Beschluß des Bezirksausschusses (Abs. 1, 2, 3 [312]) findet hinsichtlich der nach § 6 Nr. 2 [313]) zu treffenden Bestimmungen des Statutes innerhalb zwei Wochen der Antrag auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren unter den Mitgliedern der Realgemeinde ... statt."

---

311) In den Stenographischen Berichten fehlt hierüber jede Ausführung.

312) In Abs. 1 ist die Genehmigung eines Statuts, in Abs. 2 die Feststellung eines Statuts von Amts wegen und in Abs. 3 die Genehmigung einer Statutsänderung geregelt.

313) § 6 Nr. 2: „... die Bezeichnung der Teilnahmerechte und des Umfangs derselben, sowie des den Mitgliedern zustehenden Stimmrechts."

Der Wortlaut des § 7 Abs. 4 RGGes ist mißverständlich und läßt nicht klar erkennen, wer in diesem Verfahren *passiv legitimiert* ist. Die Worte: „Gegen den Beschluß des Bezirksausschusses" deuten darauf hin, daß der Genehmigungs- bzw. Feststellungsbeschluß des Bezirksbeschlußausschusses nach § 7 Abs. 1, 2 oder 3 selbst angefochten wird, soweit er die Satzungsbestimmungen über die Teilnahme- und Stimmrechte betrifft. Dann wäre nach dem Grundsatz des § 50 der Verordnung 165 der Beschlußausschuß als die den rechtswidrigen Verwaltungsakt erlassende Behörde passiv legitimiert. Andererseits lassen die Worte: „unter den Mitgliedern der Realgemeinde" darauf schließen, daß entweder gegen die übrigen Realgemeindemitglieder oder gegen die Realgemeinde als solche geklagt werden muß. Hier könnte es sich dann um eine Feststellungsklage dahin handeln, daß der Umfang der den Mitgliedern zustehenden Teilnahme- und Stimmrechte festgestellt wird [314]).

Bei Berücksichtigung der Terminologie der Gesetzessprache zur Zeit des Erlasses des Realgemeindegesetzes verliert die Formulierung des § 7 Abs. 4 RGGes ihre Unklarheit. § 7 Abs. 4 RGGes spricht nicht von einer „Klage" gegen den Beschluß des Bezirksausschusses, sondern von dem *„Antrag auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren"*. Um die Jahrhundertwende wurden nämlich zwei Möglichkeiten der Einleitung eines Verwaltungsstreitverfahrens unterschieden: 1. die Klage im Verwaltungsstreitverfahren nach § 63 LVG und 2. der Antrag auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren nach § 69 LVG. Die zweite Möglichkeit der Eröffnung eines Verwaltungsstreitverfahrens wurde vom Gesetzgeber grundsätzlich nur dann gewählt, wenn dem so eröffneten Verwaltungsstreitverfahren ein Beschlußverfahren vorausging [315]). Für die Frage der Passivlegitimation in einem Verwaltungsstreitverfahren nach § 7 Abs. 4 RGGes ergibt sich hieraus zunächst negativ, daß der Bezirksausschuß als Beklagter nicht in Betracht kommt; denn es galt uneingeschränkt der Grundsatz, „daß bei dem Antrag auf mündliche Verhandlung nach § 69 LVG die Rolle des Beklagten nie von der beschließenden Behörde zu übernehmen ist" [316]). Offenbar wollte man die Beschlußbehörden deshalb nicht

314) In den Gesetzesbegründungen fehl jede Ausführung über die Auslegung des § 7 Abs. 4 RGGes.

315) Vgl. z. B. §§ 114 Abs. 2, 115 Abs. 2, 124 Abs. 2, 140 Abs. 2 des Zuständigkeitsgesetzes; § 18 des preuß. Gesetzes betr. die Gründung neuer Ansiedlungen vom 10. August 1904 (GS., S. 227) Friedrichs II, S. 743, 815.

316) Friedrichs II, S. 601 f, § 297; ders. in LVG § 69, S. 149, Anm. 4; so auch OVG 48, S. 389, in bezug auf § 18 des Ansiedlungsgesetzes; vgl. ferner OVG 32, S. 18 u. S. 139.

in die Rolle eines Beklagten drängen, weil man in den Fällen, in denen anschließend an das Beschlußverfahren der Antrag auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren zugelassen war, die Beschlußbehörden als Schlichter eines Streites zwischen verschiedenen Interessenten („Gegenbeteiligten") [317]) betrachtete und den Beschluß der Beschlußbehörde als quasi richterliche Vorentscheidung ansah [318]). In den Fällen des § 69 LVG sollten deshalb auch die mit ihren eigenen Interessen Beteiligten die Kläger- und Beklagtenstellung im Verwaltungsprozeß übernehmen [319]). Durch die Verwendung des Terminus: „Antrag auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren" hat der Gesetzgeber des Realgemeindegesetzes zum Ausdruck gebracht, 1. daß es sich bei den Entscheidungen des Bezirksausschusses nach § 7 Abs. 1, 2 und 3 RGGes um Beschlußsachen handelt, und 2. daß er das sich hieran eventuell anschließende Verwaltungsstreitverfahren nach den Bestimmungen des § 69 LVG und entsprechend den Bestimmungen in den einzelnen Spezialgesetzen [320]) behandelt wissen wollte. Damit ist aber eine Klage gegen den Bezirksausschuß auf Grund des § 7 Abs. 4 RGGes ausgeschlossen [321]). Das preußische OVG [322]) hat deshalb auch zutreffend die Worte: „Gegen den Beschluß des Bezirksausschusses" in § 7 Abs. 4 RGGes als: „Im Anschluß an den Beschluß des Bezirksausschusses" verstanden und damit eine Klage gegen den Bezirksausschuß nach § 7 Abs. 4 RGGes abgelehnt [323]).

Wenn auch aus diesen Gründen der Bezirksausschuß als Beklagter des Verwaltungsstreitverfahrens gemäß § 7 Abs. 4 RGGes ausscheidet, so bleibt immer noch die Frage offen, ob damit die Realgemeinde als

---

317) Friedrichs II, S. 601.

318) Das Beschlußverfahren wird deshalb auch zur Verwaltungsrechtspflege gezählt; Friedrichs III, S. 1015.

319) Eventuell war ein Vertreter des öffentlichen Interesses als Beklagter zu bestellen; OVG 48, S. 389.

320) Vgl. oben S. 78, Anm. 315, 316.

321) Eine andere Frage ist, ob auf Grund des § 5 der Verordnung über die Zuständigkeiten in Beschlußsachen eine Anfechtungsklage gegen den Bezirksausschluß möglich ist. Hierüber später S. 83 ff. Hier war nur die Klagemöglichkeit auf Grund des § 7 Abs. 4 RGGes zu untersuchen.

322) OVG 64, S. 570; 65, S. 117; 69, S. 116; 70, S. 446. Das pr. OVG ist keinmal mit einer Entscheidung eines Verfahrens nach § 7 Abs. 4 RGGes befaßt worden; es hat sich jedoch mehrfach mit der Auslegung des § 7 Abs. 4 RGGes auseinandersetzen müssen, um die Klagemöglichkeiten nach § 8 Ziff. 5 von denen des § 7 Abs. 4 RGGes abzugrenzen.

323) Über die Klagemöglichkeiten seit Einführung der Generalklausel vgl. unten S. 83 ff.

solche oder die übrigen Realgemeindemitglieder vom Kläger verklagt werden müssen, und ob es sich hierbei um eine Feststellungs- oder Anfechtungsklage handelt. Die Worte „unter den Mitgliedern der Realgemeinde" besagen, daß dem Gesetzgeber eine Klage gegen die einzelnen Mitglieder vorgeschwebt hat. Diese Auffassung vertritt auch die Rechtsprechung [324]). Es ist jedoch sehr fraglich, ob diese Ansicht haltbar ist. An anderer Stelle wurde bereits ausgeführt, daß seit Beginn des vergangenen Jahrhunderts auch die Realgemeinden ohne Statut nach dem Realgemeindegesetz [325]) allgemein als juristische Personen angesehen wurden [326]). Das Wesen der juristischen Person besteht aber gerade darin, daß sie eine selbständige, unabhängig neben ihren Mitgliedern bestehende Rechtspersönlichkeit darstellt. Das Statut mit der fehlerhaften Aufführung der Teilnahme- und Stimmrechte stellt den erklärten rechtsetzenden Willen der *Realgemeinde* dar. Er tritt nicht als Willensäußerung der einzelnen Mitglieder, sondern der Realgemeinde als solcher in Erscheinung. Die fehlerhaften Satzungsbestimmungen sind deshalb im Verwaltungsstreitverfahren nicht von den einzelnen Mitgliedern, sondern von der Realgemeinde als dem sie erlassenden Rechtssubjekt zu vertreten. Weiterhin dürfte auch ein Urteil gegen die einzelnen Realgemeindemitglieder nicht in Rechtskraft gegenüber der Realgemeinde selbst erwachsen. Jedoch gerade gegenüber der Realgemeinde braucht der Kläger eine Entscheidung über die Teilnahme- und Stimmrechte, an die auch erforderlichenfalls der Vorstand als Vertreter der juristischen Person gebunden ist [327]). Mit einem Urteil gegen die einzelnen Realgemeindemitglieder ist ihm nicht gedient, da der Vorstand als Vertreter der Realgemeinde sonst die der Realgemeinde gegenüber noch nicht wirkungslosen Statutsbestimmunmungen — z. B. über die Allmendenutzungen — weiterhin anwenden kann [328]). Folglich hat sich die Klage gegen die Realgemeinde selbst zu richten [329]), da diese der „Gegenbeteiligte" in dem dem Verfahren zugrunde liegenden Interessenstreit ist.

---

324) OVG 65, S. 126; 69, S. 123.

325) Um eine solche handelt es sich ja so lange, wie das Statut noch nicht rechtskräftig genehmigt ist.

326) OVG 74, S. 209.

327) OVG 69, S. 125.

328) Es sei denn, daß die Realgemeinde als „Beigeladene" nach § 41 der Verordnung 165 an dem Verwaltungsstreitverfahren beteiligt gewesen ist.

329) OVG 78, S. 91, stellt die Klage gegen die Realgemeinde als juristische Person ohne weitere Begründung als möglich hin; jedoch entgegen den bereits zitierten Entscheidungen OVG 65, S. 126; 69, S. 123.

Klageberechtigt nach § 7 Abs. 4 RGGes ist das Mitglied der Realgemeinde, das in seinen Mitgliedschaftsrechten beeinträchtigt ist. Damit ist nicht nur die Klage des Realgemeindemitglieds gedeckt, dessen Rechte im Statut nicht oder zu gering festgestellt worden sind; vielmehr ist nach § 7 Abs. 4 RGGes auch die Klage einer in der Mitgliederversammlung überstimmten Minorität zulässig, deren eigene Rechte in der Satzung richtig festgestellt sind, die sich aber gegen die fälschliche oder zu hohe Feststellung eines Teilnahmerechts eines anderen Mitglieds im Statut wenden [330]). Auch hier handelt es sich um einen Streit „hinsichtlich der nach § 6 Ziffer 2 zu treffenden Bestimmungen des Statuts" unter den Mitgliedern der Realgemeinde. Hier wäre nach vorstehenden Ausführungen an sich die Realgemeinde zur Einleitung des Verwaltungsstreitverfahrens gegen das „vermeintliche" Mitglied legitimiert [331]). Hierzu wird es aber deshalb nicht kommen, weil die Mehrheit der Mitglieder ja für die Zusprechung des streitigen Rechts bei der Statutsabstimmung gestimmt hat [332]). In diesem Fall muß aber auch der Minderheit das Recht zustehen, die Klage im Verwaltungsstreitverfahren nach § 7 Abs. 4 RGGes zu erheben. Durch die zusätzliche Feststellung des Rechts eines vermeintlichen Mitglieds sind die Rechte der übrigen Mitglieder entsprechend geschmälert und deshalb zu niedrig festgesetzt worden [333]). Auch in diesem Fall ist die Realgemeinde zu verklagen. Jedoch muß das Gericht eine Beiladung des Mitglieds vornehmen (§ 41 der Verordnung 165), dessen Teilnahme- oder Stimmrechte zu hoch festgestellt sind, da dessen „rechtliche Interessen" durch das Verfahren berührt werden und das Urteil nur dann praktisch brauchbar ist, wenn es diesem gegenüber und der Realgemeinde gegenüber rechtskräftig wird.

Nachdem jetzt die Passivlegitimation der Realgemeinde selbst für das Verwaltungsstreitverfahren nach § 7 Abs. 4 RGGes festgestellt ist, bleibt noch die Frage nach der *Art dieser Klage*. § 7 Abs. 4 RGGes

---

330) OVG 69, S. 125.

331) Für die Klageerhebung durch die Realgemeinde bestände aber kein Rechtsschutzbedürfnis, da die Realgemeinde die fraglichen Satzungsbest. durch Statutsänderungen berichtigen könnte.

332) Anders kann die Sache nur dann liegen, wenn das Statut von Amts wegen festgestellt worden ist.

333) Hier läge sowohl für eine Feststellungsklage das erforderliche Feststellungsinteresse vor, da der Kläger ein berechtigtes Interesse (wirtschaftl. Interesse; Klinger, § 52 C 1b) an der Feststellung der Teilnahmerechte hätte, als auch bei einer Anfechtungsklage die erforderliche „Beeinträchtigung von Rechten", da der Lebenskreis des Klägers faktisch berührt ist (van de Sandt, S. 49, und die angegebene Rspr.; a. A. offenbar Klinger, § 23 B 2b).

spricht nur von einem Verwaltungsstreitverfahren „hinsichtlich der nach § 6 Ziffer 2 zu treffenden Bestimmungen" und läßt damit diese Frage unbeantwortet. Die Rechtsprechung [334]) nimmt zutreffend an, daß es sich um eine Feststellungsklage handelt, und zwar derart, daß „nur erkannt werden könne, welchen Inhalt das (streitige) Teilnahmerecht habe", und „nicht die statutarische Vorschrift bezüglich der Teilnahmerechte usw. (durch das Urteil) berichtigt" werden könnte. „Alsdann sei es Sache der Realgemeinde, ihr Statut mit dem Urteilsspruch in Einklang zu bringen" [335]). Wenn auch schon durch eine Aufhebung des Feststellungs- oder Genehmigungsbeschlusses des Bezirksausschusses verhütet werden könnte, daß die den Kläger belastende Statutsbestimmung rechtswirksam wird [336]), so ist allein hiermit dem Kläger nicht gedient. Er muß mit der Klage nach § 7 Abs. 4 RGGes nicht nur eine negative gerichtliche Entscheidung über die Unrichtigkeit der betreffenden Satzungsbestimmungen herbeiführen können, sondern auch eine positive darüber, was an Stelle der unrichtigen Statutsbestimmungen nun wirklich gilt, also wie sich tatsächlich die Teilnahme- und Stimmrechte in der Realgemeinde verteilen. Aus dem gleichen Grunde würde dem Kläger auch die bloße Aufhebung der streitigen Satzungsbestimmungen nicht genügen [337]). Dieser Erfolg ist nur im Wege der Feststellungsklage zu erreichen. Bei einer solchen Auslegung kann aber § 7 Abs. 4 RGGes einen brauchbaren Rechtsschutz liefern.

Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Urteilstenor nicht ipso iure die Satzungsbestimmungen über die Teilnahmerechte ersetzt, sondern daß ein Beschluß der Realgemeinde zur Änderung der fraglichen Bestimmungen erforderlich ist. Im Weigerungsfall sind die fraglichen Satzungsbestimmungen durch den Bezirksausschuß von Amts wegen in Übereinstimmung mit dem Urteil festzustellen (§ 7 Abs. 2 RGGes).

---

334) OVG 69, S. 135; 69, S. 126; 65, S. 122.

335) OVG 69, S. 135.

336) Voraussetzung der Rechtswirksamkeit des Statuts ist die rechtskräftige Genehmigung des Statuts durch den Bezirksausschuß, § 7 Abs. 1 RGGes.

337) Außerdem würden einer Klage auf Aufhebung der streitigen Satzungsbestimmungen erhebliche dogmatische Bedenken entgegenstehen. Das Verwaltungsrecht kennt und kannte nur eine Anfechtungsklage gegenüber „Maßnahmen" einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (§ 22, 25 der Verordnung 165). Bei den Realgemeindestatuten handelt es sich aber, wie noch an anderer Stelle zu zeigen sein wird (s. u. S. 124 ff), um objektives Recht. Deshalb sind Satzungen ebenso wie Rechtsverordnungen im Verwaltungsstreitverfahren nicht anfechtbar; Bachof, S. 21, 36; Forsthoff, S. 164; Klinger, S. 120; v. Werder-Labs-Ortmann, S. 78 f; van de Sandt, S. 61.

Nach § 7 Abs. 4 des RGGes ist die Klage im Verwaltungsstreitverfahren innerhalb einer Frist von zwei Wochen zu erheben [338]). Nach der grundsätzlichen Regelung des § 48 der Verordnung 165 muß die Klage im Verwaltungsstreitverfahren innerhalb eines Monats erhoben werden. Die Fristbestimmung in § 48 der Verordnung 165 gilt jedoch nur, „soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist" [339]). Durch § 115c der Verordnung 165 ist auch nicht die kürzere Fristbestimmung in § 7 Abs. 4 des Realgemeindegesetzes aufgehoben worden, da auf Grund des Vorbehalts in § 48 der Verordnung 165 die kürzere Klagefrist mit der Verordnung 165 „vereinbar" und gesetzlich für diesen Sonderfall etwas anderes geregelt ist. Die Klagefrist beginnt mit der Zustellung der mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen genehmigten Satzung an den späteren Kläger [340]).

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß nach § 7 Abs. 4 RGGes. die Klage gegen die Realgemeinde zu richten ist, und daß der Antrag auf Feststellung der streitigen Teilnahmerechte usw. lautet. Die Feststellungsklage ist zulässig: 1. nach Beschlußfassung über ein Statut durch die Realgemeindemitglieder und dessen Genehmigung; 2. nach Änderung eines Statuts und Genehmigung derselben; 3. nach Feststellung einer Satzung von Amts wegen. Die Klage nach § 7 Abs. 4 RGGes ist innerhalb von zwei Wochen seit Zustellung des Beschlusses des Bezirksbeschlußausschusses an den Kläger zu erheben.

Nach § 7 Abs. 4 RGGes war wegen der übrigen Bestimmungen des Statuts — außer denen über die Teilnahme- und Stimmrechte — gegen den Genehmigungs- bzw. Feststellungsbeschluß des Bezirksausschusses die *Beschwerde* an den Provinzialrat gegeben. Die Beschwerde griff aber nur dort Platz, wo die Klage nach § 7 Abs. 4 RGGes ausgeschlossen war. Durch § 25 Abs. 1 der Verordnung zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung vom 3. September 1932 (GS, S. 283) entfiel in Beschlußsachen grundsätzlich die Beschwerde an den Provinzialrat, so daß damit die Entscheidungen des Bezirksausschusses in Beschlußsachen endgültig waren [341]). Da der Pro-

338) In der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist sonst eine Klagefrist für die Feststellungsklagen nicht vorgesehen.

339) Klinger, § 48 A 1: „Soweit nicht für Sonderfälle in Landesgesetzen etwas anderes bestimmt ist." Vgl. hierzu auch den Erlaß des Nds. Ministers des Innern betreffend Rechtsmittel und Rechtsmittelbelehrung bei Verwaltungsakten vom 26. Januar 1950 — I/5 Nr. 8920 — ABl Nds., S. 66.

340) Vgl. § 17 des Regulativs für die Bezirksausschüsse vom 28. Februar 1884 — MinBl d. Inn. Verw., S. 37 —; Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 60; OVG 69, S. 126; Spohr, Anm. 36k.

341) Froelich in v. Brauchitsch, Verw. Ges., Erg.-Heft zu Bd. 1, § 25 Anm. 1.

vinzialrat als Beschlußbehörde vor dem 30. Januar 1933 fortgefallen war, ist dessen Tätigkeit in Beschlußsachen auch nicht auf Grund der Verordnung des Oberpräsidenten vom 17. August 1946 wieder aufgenommen worden.

Als Ausgleich für den Fortfall des Rechtsmittels der Beschwerde an die übergeordnete Beschlußbehörde ist nach § 5 der Verordnung über die Zuständigkeiten in Beschlußsachen die *Klage im Verwaltungsstreitverfahren* allgemein gegen die Entscheidungen der Beschlußausschüsse zugelassen. § 5 a. a. O. spricht ausdrücklich von der *Klage* gegen die Entscheidung der Beschlußbehörde und nicht von einem Antrag auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren. Damit ist aber nach § 5 a. a. O. — anders als im Falle des § 7 Abs. 4 RGGes — nicht die Realgemeinde, sondern der Beschlußausschuß zu verklagen.

Für eine Anfechtung der Statutsgenehmigung wird der Realgemeinde die Sachlegitimation fehlen, da sie nicht beschwert ist, wenn die Genehmigung antragsgemäß erteilt wird. Hier kann nur eine Anfechtungsklage gegen den die Genehmigung versagenden Bescheid des Bezirksbeschlußausschusses in Frage kommen. Diese wird aber auch nur selten in Betracht kommen, da die Realgemeinde auf die Erteilung der Genehmigung ihres Statuts bzw. ihrer Statutsänderung keinen Rechtsanspruch hat, und der Bezirksbeschlußausschuß nur nach pflichtmäßigem Ermessen die Genehmigung erteilen muß. Da Ermessensentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte grundsätzlich nicht nachprüfbar sind, kann der die Genehmigung versagende Bescheid des Bezirksbeschlußausschusses nur mit der Begründung angefochten werden, „daß die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten seien oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden sei" (§ 23 Abs. 3 der Verordnung 165). In dem gleichen Umfang wie das Verwaltungsgericht das Ermessen des Bezirksbeschlußausschusses im Rahmen des § 23 Abs. 3 der Verordnung 165 nachprüfen kann, hat die Realgemeinde ein subjektiv öffentliches Recht (d. h. auf Bescheidung des Antrags auf Genehmigung ohne Ermessensfehler) [342]). Insoweit wird sie deshalb auch „in ihren Rechten beeinträchtigt" (§ 23 Abs. 1 der Verordnung 165), wenn der Bezirksbeschlußausschuß die Genehmigung unter fehlerhafter Anwendung des Ermessens versagt. Hier ist deshalb eine Anfechtungsklage gegeben.

Für eine Klage auf Vornahme eines beantragten Verwaltungsaktes nach § 24 der Verordnung 165 ist dagegen nur bedingt Raum. Da die

342) Jellinek, S. 211; Bachof, S. 70, 87: „Formelles subjektiv öffentliches Recht".

Realgemeinde kein Recht auf ein bestimmtes Ergebnis der behördlichen Entscheidung hat, kann sie auch nicht auf Erteilung der Genehmigung gegen den Bezirksbeschlußausschuß klagen. Entsprechend ihrem subjektiv öffentlichen Recht auf Prüfung ihres Antrages auf Genehmigung des Statuts — bzw. der Statutsänderung — und auf Bescheidung desselben ohne Ermessensfehler, ist eine Klage der Realgemeinde nach § 24 der Verordnung 165 nur mit dem Antrage möglich, daß der Bezirksbeschlußausschuß verpflichtet wird, über den Antrag erneut unter Außerachtlassung der fehlerhaften Erwägungen zu entscheiden [343]).

Da durch § 5 der Verordnung über die Zuständigkeiten in Beschlußsachen schlechthin die Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegen Beschlüsse der Beschlußbehörden eingeführt ist, besteht diese Klagemöglichkeit neben der des § 7 Abs. 4 RGGes. Damit steht hinsichtlich der Bestimmungen des Statuts über die Teilnahme- und Stimmrechte nach Genehmigung desselben wahlweise die Feststellungsklage nach § 7 Abs. 4 RGGes gegen die Realgemeinde und die Klage nach § 5 a. a. O. gegen den Beschlußausschuß zur Verfügung. Im Anschluß an die Feststellung eines Statuts von Amts wegen ist dagegen lediglich die Feststellungsklage nach § 7 Abs. 4 RGGes zulässig.

Mit der neuerdings zulässigen Klage gegen den Beschlußausschuß nach § 5 a. a. O. ist nicht die Zulässigkeit der Feststellungsklage nach § 7 Abs. 4 RGGes entfallen. Wenn auch grundsätzlich ein Feststellungsinteresse für eine Feststellungsklage dann zu verneinen ist, wenn der Kläger eine Anfechtungs- oder Untätigkeitsklage mit dem gleichen Erfolg erheben kann [344]), so steht der Anwendbarkeit dieses Grundsatzes im vorliegenden Fall die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung des § 7 Abs. 4 RGGes entgegen. Im übrigen aber steht dem Kläger auch gar nicht eine Klage zur Verfügung, die ihn zum gleichen Ziele wie die Feststellungsklage nach § 7 Abs. 4 RGGes führt. Mit der Anfechtungsklage nach § 5 a. a. O. kann er lediglich die Aufhebung des Genehmigungsbeschlusses des Beschlußausschusses erreichen, mit der Feststellungsklage aber eine positive Festlegung der streitigen Rechte. In dem Fall jedoch, in dem das Feststellungsurteil ein weitergehendes Ergebnis zeitigen wird als eine daneben mögliche Anfechtungsklage, ist das Feststellungsinteresse zu bejahen [345]).

Für die Klage gegen den Beschlußausschuß nach § 5 a. a. O. kann die Klagfrist des § 7 Abs. 4 RGGes von zwei Wochen nicht gelten.

---

343) Ähnlich Bachof, S. 86 ff; vgl. ferner Klinger, S. 112 f.

344) Klinger, §52 C2c; v. Werder-Labs-Ortmann, § 52 IV; § 24 Abs. 2 süddeutsches VGG; a. A. offenbar van de Sandt, § 52 Anm. 3.

345) v. Werder-Labs-Ortmann, § 52 IV.

Eine entsprechende Anwendung dieser singulären Rechtsvorschrift ist nicht möglich. Vielmehr greift hier die allgemeine Klagfrist des § 48 der Verordnung 165 Platz. Wenn auch die Bestimmung des § 48 der Verordnung 165 nicht unmittelbar anwendbar ist[346]), da der Beschluß des Beschlußausschusses nicht ein „Einspruchsbescheid" ist, so ist sie dennoch auf Grund des § 5 der Verordnung über die Zuständigkeiten in Beschlußsachen entsprechend anzuwenden[347]). § 48 der Verordnung 165 spricht den allgemeinen Grundsatz aus, daß bei Anfechtungsklagen die Klagfrist von einem Monat seit Zustellung des Bescheides gilt, der nur noch im Verwaltungsstreitverfahren angefochten werden kann[348]).

V. Der Inhalt des Realgemeindestatuts

Das Realgemeindegesetz normiert in § 6 die Fragen, die zwingend durch das Statut geregelt werden müssen. Jedes Statut muß notwendigerweise enthalten:

1. Den Namen und Sitz der Genossenschaft, sowie die Bezeichnung des Vermögens derselben;
2. die Bezeichnung der Teilnahmerechte und des Umfangs derselben, sowie des den Mitgliedern zustehenden Stimmrechts;
3. Bestimmungen über die Anlegung und Fortführung eines Verzeichnisses der Mitglieder;
4. Bestimmungen über die Bestellung eines zur Vertretung der Realgemeinde berechtigten und verpflichteten Vorstandes, sowie, falls der Vorstand aus mehreren Personen besteht, über die Beschlußfassung desselben;
5. Bestimmungen über die Formen der Berufung und Beschlußfassung der Genossenschaftsversammlung;
6. Vorschriften über die Verteilung der Lasten im Falle einer Veräußerung oder Teilung von Berechtigungen;
7. Bestimmungen über die Einräumung neuer Teilnahmerechte.

Neben diesen zwingenden Satzungsbestimmungen, die in jedem Statut einer Realgemeinde enthalten sein müssen, nennt § 6 Abs. 2 RGGes noch solche Bestimmungen, die das Realgemeindestatut nur dann enthalten muß, wenn es auch die Verwaltung des Genossenschaftsvermö-

---

346) a. A. Haarmann in DV 1950, S. 40, der die Klagefrist von einem Monat aus § 48 der Verordnung 165 unmittelbar ableitet.

347) Vgl. hierzu auch den Erlaß d. Nds. Min. d. Innern vom 26. Januar 1950 — I/5 Nr. 8920 — ABl Nds., S. 66.

348) Über die Klage auf Feststellung d. Mitgliedsch. unten S. 127 ff.

gens regeln soll. Wird das Statut aber auf die Verwaltung des Genossenschaftsvermögens erstreckt, so muß es wiederum die nachfolgenden Bestimmungen enthalten, nämlich:

1. über die Art der Benutzung des Vermögens;
2. über die Verwaltungsbefugnisse des Vorstandes;
3. die Bezeichnung derjenigen Verwaltungsangelegenheiten, welche der Beschlußfassung der Genossenschaftsversammlung vorbehalten werden sollen.

Nach § 6 Abs. 3 RGGes kann durch das Statut auch der jeweilige Vorstand der politischen Gemeinde zum dauernden Vorstand der Realgemeinde bestellt werden, auch wenn dieser nicht Mitglied der Realgemeinde ist[349]).

Neben den genannten obligatorischen Statutsbestimmungen kann die Realgemeinde noch weitere Bestimmungen in das Statut aufnehmen[350]). Die meisten Statuten enthalten noch Vorschriften darüber, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Mitgliedschaftsrechte an der Realgemeinde übertragen werden können, insbesondere ob dieselben frei veräußerlich oder dinglich gebunden sind[351]).

VI. Die Sonderbestimmungen für Realgemeinden mit Statut nach dem Realgemeindegesetz

Die mit einem Statut nach dem Realgemeindegesetz versehenen Realgemeinden unterstehen den besonderen Bestimmungen des § 8 RGGes. Demnach gilt § 8 RGGes für die Realgemeinden,

1. die sich selbst ein Statut nach dem Realgemeindegesetz gegeben haben;
2. die ihr altes Statut aus der Zeit vor 1888 nach dem Realgemeindegesetz geändert haben und deren Statut bzw. Statutsänderung gemäß § 7 Abs. 3 RGGes genehmigt worden ist;
3. deren Statut von Amts wegen festgestellt worden ist.

Diese Bestimmungen des § 8 RGGes sind zwingender Natur und können deshalb nicht durch das Statut abbedungen werden.

---

349) Als Vorstand der politischen Gemeinde i. S. dieser Bestimmung ist nach einer Verfügung des Regierungspräsidenten in Hildesheim I III 306 vom 28. März 1947 auf Grund eines nicht veröffentlichten Erlasses des Ministers des Innern vom 10. März 1947 der Gemeindedirektor anzusehen und nicht der Bürgermeister oder der Rat der Gemeinde. Auf diese Weise soll eine gewisse Stabilität in der Verwaltung der Realgemeindeangelegenheiten erreicht werden.

350) Brüning, § 6 Anm. 1.

351) Über die Bedeutung dieser Bestimmungen später S. 136 ff.

Nach § 8 Ziffer 1 RGGes unterliegen die Realgemeinden hinsichtlich der Verwaltung der Genossenschaftsangelegenheiten der *Staatsaufsicht*, die darauf beschränkt ist, daß die Verwaltung in Übereinstimmung mit dem Gesetz und dem Statut geführt wird. Die besonderen Forstaufsichtsbestimmungen [352]) werden durch das Realgemeindegesetz nicht berührt (§ 11 Abs. 2 RGGes). Die Staatsaufsicht wird durch den Landrat als Vorsitzenden des Kreisausschusses in erster Instanz, durch den Regierungspräsidenten in letzter Instanz ausgeübt [353]). Auf Grund von § 8 Ziffer 1 Abs. 2 RGGes sind Beschwerden bei den Aufsichtsbehörden (Landrat und Regierungspräsident) innerhalb von zwei Wochen anzubringen.

Dem Kreisausschuß stehen nach § 8 Ziffer 1 Abs. 3 noch insofern besondere Aufsichtsrechte zu, als Beschlüsse

a) „auf freiwillige Veräußerungen, durch welche der Bestand des Genossenschaftsvermögens verändert wird,

b) wegen Aufnahme von Anleihen auf den Kredit der Genossenschaft“ seiner Bestätigung bedürfen. Außerdem kann die Aufsichtsbehörde die Zwangsetatisierung verfügen, wenn die Realgemeinde es unterläßt, die ihr obliegenden Leistungen und Ausgaben zu bewilligen (§ 8 Ziffer 6 RGGes). Gegen die Zwangsetatisierungsverfügung steht der Realgemeinde das Verwaltungsstreitverfahren offen.

Schließlich kann die Aufsichtsbehörde, wenn es das Interesse der Realgemeinde erfordert, vom Vorstand der Realgemeinde verlangen, eine Mitgliederversammlung einzuberufen (§ 8 Ziffer 2 RGGes).

Nach § 8 Ziffer 2 RGGes ist der Vorstand weiterhin zur Einberufung einer Genossenschaftsversammlung verpflichtet, sobald es das Interesse der Realgemeinde erfordert, insbesondere wenn wenigstens $^1/_3$ der Mitglieder es unter Angabe des Zwecks schriftlich beantragt.

Die den Genossenschaftsmitgliedern gegenüber der Realgemeinde obliegenden Lasten sind nach § 8 Ziffer 3 RGGes den gemeinen *öffentlichen Lasten* gleich zu achten. Sie können in Dienstleistungen (Hand- und Spanndiensten) und Geldleistungen bestehen. § 8 Ziff. 4 Abs. 2 RGGes gibt dem Vorstand das Recht, die der Realgemeinde gegenüber bestehenden Verpflichtungen der Genossen „nach Maßgabe des 5. Titels (§§ 132—135) des LVG [354]) durch Anwendung der dem Gemeinde-(Guts-)Vorsteher zustehenden Zwangsmittel“ durchzusetzen.

---

352) Insbesondere das Gesetz über gemeinschaftliche Holzungen vom 14. März 1881 (GS., S. 261).

353) Die Veränderungen in den Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden werden noch an anderer Stelle behandelt.

354) Hier sind nur die §§ 132, 133 LVG von Bedeutung.

Die festgesetzten Geldstrafen fließen in die Kasse der Realgemeinde (§ 8 Ziffer 4 Abs. 3 RGGes). Nach § 132 LVG konnte der Gemeindevorsteher seine Anordnungen in Ausübung der allgemeinen Landesverwaltung [355]) durchsetzen:

1. durch Ersatzvornahme nach vorheriger schriftlicher Androhung und Fristsetzung und anschließender Zwangsbeitreibung der Kosten der Ersatzvornahme;
2. durch Androhung und Festsetzung einer Geldstrafe, wenn eine Ersatzvornahme nicht möglich war, oder der Verpflichtete deren Kosten nicht aufbringen konnte, oder wenn eine Unterlassung erzwungen werden sollte;
3. durch die Anwendung unmittelbaren Zwangs, wenn die Anordnung ohne solchen undurchführbar war.

Im Fall der Anordnung und Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 132 Ziffer 2 LVG war gleichzeitig durch den Gemeindevorsteher eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Wenn § 8 Zifffer 4 Abs. 2 RGGes diese gleichen Befugnisse dem Realgemeindevorstand zubilligt, so läßt dies einen Rückschluß darauf zu, welche Bedeutung der Gesetzgeber den Realgemeinden im allgemeinen und den genossenschaftlichen Verpflichtungen der Mitglieder im besonderen beigemessen hat. Das Recht des Realgemeindevorstandes, für ein Mitglied der Realgemeinde eine Ersatzfreiheitsstrafe nach § 8 Ziffer 4 Abs. 2 i. V. m. § 132 Ziffer 2 Abs. 2 LVG festzusetzen, widerspricht den rechtsstaatlichen Grundprinzipien [356]). Nach Art. 104 BGG, der als unmittelbar anwendbare Grundrechtsnorm anerkannt ist [357]), kann die Freiheit der Person „nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen [358]) beschränkt werden". Wenn auch das Realgemeindegesetz ein Gesetz im formellen Sinne ist, insoweit also keine Bedenken aus Art. 104 BGG entgegenstehen, so stellt sich § 8 Ziffer 4 Abs. 2 RGGes i. V. m. § 132 Ziffer 2 Abs. 2 LVG als eine „Generalklausel" [359]) für Freiheitsentziehungen ohne nähere Ausgestaltung dar, die die in Art. 104 Abs. 1 BGG vorausgesetzten

---

355) Das heißt hauptsächlich Polizeiverfügungen, nie aber Anordnungen in Selbstverwaltungsangelegenheiten; vgl. v. Brauchitsch, I. Bd., § 132 LVG, Anm. 4.

356) Bonner Kommentar, Art. 104, Anm. C 2; E. Schmidt, JZ 1951, S. 101, insbesondere 102.

357) Vgl. Wolff in ÖVerw 1951 (4), S. 313; v. Mangoldt, S. 548.

358) D. h. also, daß besondere und nicht summarische Regelungen des Verfahrens erforderlich sind.

359) Bonner Kommentar, Art. 104, B 2, C.

„vorgeschriebenen Formen" vermissen läßt. Insoweit erfüllt also § 8 Ziff. 4 Abs. 2 RGGes nicht die Voraussetzungen eines Gesetzes, auf Grund dessen eine Freiheitsbeschränkung zulässig ist. Deshalb hat der Realgemeindevorstand seit Erlaß des Grundgesetzes auch nicht mehr die Befugnis, eine Ersatz-Freiheitsstrafe auszusprechen [360]).

Nach § 8 Ziffer 4 Abs. 1 RGGes sind die zur Erfüllung der Genossenschaftspflichten erforderlichen Geldmittel, soweit sie nicht aus dem Vermögen der Genossenschaft entnommen werden können, von dem Vorstand nach dem Teilnahmemaßstab des Statuts auf die Mitglieder umzulegen und durch Geldbeiträge von den Realgemeindemitgliedern aufzubringen.

Durch die im Statut enthaltene Mitgliederliste und die darin festgestellten Teilnahme- und Stimmrechte liegt der Maßstab für die Verteilung der Allmendenutzungen und für die Heranziehung zu den Genossenschaftsabgaben, sowie der Umfang des Stimmrechts der einzelnen Realgemeindemitglieder fest. Nach diesen Maßstäben hat der Realgemeindevorstand die Verteilung der Nutzungen und die Veranlagung zu den Genossenschaftsabgaben vorzunehmen.

Nach § 8 Ziffer 5 RGGes steht den Mitgliedern der Realgemeinde die *Klage* im Verwaltungsstreitverfahren *gegen den Vorstand* offen, wenn durch Beschlüsse des Vorstandes entgegen den statutarischen Bestimmungen

a) ihr Recht zur Teilnahme an den Nutzungen und Erträgen des Genossenschaftsvermögens;
b) ihr Stimmrecht in der Genossenschaftsversammlung;
c) ihre Heranziehung oder Veranlagung zu den Genossenschaftsabgaben

betroffen werden [361]). Die Klage war nach dem Realgemeindegesetz beim Kreisausschuß, seit der Verordnung 165 ist sie beim Landesverwaltungsgericht zu erheben.

Voraussetzung der Klage ist nach § 8 Ziffer 5 RGGes, daß gegen den entsprechenden Beschluß des Vorstandes Beschwerde oder Ein-

---

360) In Beziehung auf § 132 LVG ebenso nur mit anderer Begründung Bonner Kommentar, Art. 104, C 2; Wolff, ÖVerw 1951 (4), S. 313 ff; v. Mangoldt, S. 551 — die beiden letzten unter Hinweis auf Art. 104 Abs. 2 BGG. Bonner Kommentar leitet die Unzulässigkeit der Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe durch eine Verwaltungsbehörde aus Art. 1 u. 104 Abs. 2 Satz 1 BGG ab. Den Verwaltungsbehörden käme nicht „ein quasirichterliches Entscheidungsrecht" zu.

361) Die Bestimmung des § 8 Ziff. 5 RGGes ist den §§ 18 Abs. 1 u. 2, 34 Abs. 1 u. 2 des preuß. Zuständigkeitsgesetzes fast wörtlich nachgebildet worden.

spruch eingelegt worden ist. § 8 Ziffer 5 RGGes stellt somit anscheinend wahlweise die Beschwerde oder den Einspruch als Klagevoraussetzung hin [362]). Das Realgemeindegesetz lehnt sich in der Formulierung insoweit an die Fassung der §§ 18, 34 ZustGes an. Während aber im Zuständigkeitsgesetz ausdrücklich gesagt ist, daß der Gemeindevorstand sowohl über eine solche Beschwerde als auch über einen solchen Einspruch zu entscheiden habe, fehlt in § 8 Ziffer 5 RGGes eine Bestimmung, wer über den Einspruch und wer über die Beschwerde zu entscheiden hat. Jedoch folgt aus der Natur des Einspruchs, daß die erlassende Stelle — also der Realgemeindevorstand — selbst über diesen Rechtsbehelf zu befinden hat und sich die Klage erst an den Einspruchsbescheid anschließen kann. Zweifelhaft könnte aber sein, ob der Realgemeindevorstand auch über die neben dem Einspruch in § 8 Ziffer 5 RGGes vorgesehene Beschwerde zu entscheiden hat. Wollte man dem Sprachgebrauch der heutigen Gesetze folgen, so müßte über diesen Rechtsbehelf eine übergeordnete Behörde entscheiden, die ihrerseits den angefochtenen Beschluß des Vorstands auf seine Recht- und Zweckmäßigkeit zu überprüfen hätte [363]). Eine solche Auslegung scheitert jedoch einerseits daran, weil für den Realgemeindevorstand eine vorgesetzte Behörde nicht besteht, insbesondere die Aufsichtsbehörde nicht als „übergeordnete Behörde" angesprochen werden kann. Andererseits scheidet die Aufsichtsbehörde als Beschwerdeinstanz in diesem Zusammenhang auch deshalb aus, weil sich ihre Nachprüfung schon wegen der ausdrücklichen Vorschrift des § 8 Ziffer 1 Abs. 1 RGGes nur auf die Gesetzmäßigkeit der Beschlüsse des Vorstandes beziehen dürfte [364]). § 8 Ziffer 5 RGGes ist deshalb entsprechend der Regelung des Zuständigkeitsgesetzes so zu verstehen, daß über die „Beschwerde" wie über den „Einspruch" der Realgemeindevorstand selbst zu entscheiden hat [365]). Deshalb hätte es nach der heutigen Terminologie genügt, wenn in § 8 Ziffer 5 RGGes nur der Einspruch als Klagevoraussetzung erwähnt worden wäre. Die Wahl beider Worte (Einspruch und Beschwerde) ist nur dadurch zu erklären, daß sich zur Zeit des Erlasses

362) „Auf Beschwerden und Einsprüche gegen Beschlüsse des Vorstandes ... findet die Klage im Verwaltungsstreitverfahren statt."

363) Jellinek, S. 295f; Forsthoff, S. 420ff; Fleiner, S. 220f.

364) Kammer in öff. Verw. 1949, S. 369, sieht deshalb mit Recht in Selbstverwaltungsangelegenheiten der politischen Gemeinden lediglich den Einspruch und nicht die Beschwerde als Klagvoraussetzung an; ebenso Labs in öff. Verw. 1950, S. 75; a. A. Müller-Heidelberg in öff. Verw. 1949, S. 249, der eine Rechtsbeschwerde an die Aufsichtsbehörde als Klagvoraussetzung betrachtet.

365) Vgl. auch OVG 65, S. 120.

des Realgemeindegesetzes noch keine klare Begriffsbildung für die einzelnen Rechtsbehelfe herausgebildet hatte und deshalb die Regelung des Zuständigkeitsgesetzes, die dort ihre Berechtigung hatte, bedenkenlos in das Realgemeindegesetz übernommen worden ist [366]).

Beklagter der Anfechtungsklage nach § 8 Ziffer 5 RGGes ist nach § 50 der Verordnung 165 der Vorstand selbst, nicht also die Realgemeinde, vertreten durch den Vorstand [367]). Der Einspruchsbescheid des Vorstandes ist der Anfechtungsgegenstand.

Die Klage nach § 8 Ziffer 5 RGGes steht nur den „statutarischen" Mitgliedern der Realgemeinde zu. Deshalb bildet die Mitgliedschaft des Klägers zwar eine „Vorfrage, nicht den Gegenstand der Entscheidung" [368]). Auf dem Umweg über § 8 Ziffer 5 RGGes kann deshalb nicht die Feststellung der Mitgliedschaft, des Teilnahme- oder Stimmrechts erreicht werden. Hierfür bestand nach dem Realgemeindegesetz nur die Möglichkeit der Klage nach § 7 Abs. 4 im Anschluß an die Statutserrichtung.

Unter die Klagemöglichkeit des § 8 Ziffer 5 RGGes fällt nicht der Streit von zwei Personen, die jeder für sich die (gleiche) Realgemeindemitgliedschaft in Anspruch nehmen, wie er häufig nach Veräußerungen von den grundsätzlich nicht frei übertragbaren Mitgliedschaftsrechten entsteht. Eine den §§ 18 Abs. 3, 34 Abs. 3 preußisches Zuständigkeitsgesetz nachgebildete Vorschrift, die diese Möglichkeit eröffnete [369]), fehlt im Realgemeindegesetz [370]). Ein solcher Prätendentenstreit mußte nach dem Realgemeindegesetz vor den ordentlichen Gerichten ausgetragen werden [371]).

Ferner wird durch § 8 Ziffer 5 RGGes auch nicht eine Leistungsklage gedeckt, wonach der Kläger auf Herausgabe der von anderen

366) Durch die niedersächsische Rechtsmittelverordnung hat sich an diesem Rechtszustand nichts geändert, da hiernach eine Beschwerde als Klagvoraussetzung nur für den Fall eingeführt worden ist, wenn eine vorgesetzte Behörde existiert, die die angefochtene Entscheidung auf ihre Zweckmäßigkeit überprüfen kann; Kammer in öffentl. Verw. 1949, S. 369.

367) Friedrichs II, § 297, S. 601 ff; OVG 65, S. 120.

368) „Behauptet ein Mitglied, daß es entgegen der im Statute festgelegten Bezeichnung der Teilnahmerechte oder der Stimmrechte in einer dieser Beziehungen durch den Vorstand beeinträchtigt worden sei, so steht dem Mitglied zur Wahrung seiner Rechte der Schutz jenes Verfahrens (§ 8 Ziff. 5 RGGes) zur Seite." OVG 69, S. 122.

369) Eine andere Frage ist, ob ein solcher Rechtsstreit nach Einführung der Generalklausel vor das Verwaltungsgericht gehört.

370) Vgl. Sten. Berichte 1888, Haus der Abgeordneten, Anlagen, 3. Bd., Drucksachen Nr. 166, S. 12 f.

371) Über die Rechtslage seit Erlaß der Verordnung 165 s. u. 127.

Realgemeindemitgliedern in der Vergangenheit zu Unrecht bzw. zu viel gezogenen Nutzungen an sich (den wirklich Berechtigten) klagt. Vielmehr war hierfür ebenfalls nur der ordentliche Rechtsweg zulässig [372]).

VII. Das Verhältnis des Realgemeindegesetzes zum BGB

Das Realgemeindegesetz ist noch heute in Kraft. Durch den Erlaß des BGB sind seine Bestimmungen nicht berührt worden. In Art. 164 EGBGB wurden die landesgesetzlichen Vorschriften über die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Realgemeinden ausdrücklich aufrecht erhalten. Damit folgt schon aus Art. 164 EGBGB, daß Neugründungen von „Realgemeinden" auf Grund des RGGes ausgeschlossen sind, da diese nicht nach den für die Realgemeinden geltenden Rechtsnormen behandelt werden dürften und folglich auch keine Realgemeinden im Sinne des Realgemeindegesetzes darstellen könnten.

Nach Art. 164 EGBGB macht es für die Weitergeltung der landesrechtlichen Bestimmungen keinen Unterschied, ob die Realgemeinden juristische Personen sind oder nicht, und ob die Berechtigung der Mitglieder an Grundbesitz geknüpft ist oder nicht. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 164 EGBGB ist jedoch, daß die Mitglieder zur Nutzung des Gemeinschaftsvermögens berechtigt sind [373]). Alle Überreste der alten Markgemeinden, gleich welche besondere Entwicklung sie in den einzelnen Ländern durchgemacht haben, unterliegen damit den alten landesrechtlichen Rechtsnormen und, soweit solche bestehen, nicht dem BGB. Zu den landesrechtlichen Rechtsnormen in diesem Sinne zählen nicht nur Gesetze und Verordnungen, sondern auch partikularrechtlich anerkanntes Gewohnheitsrecht [374]).

Jedoch sollen nur die *besonderen* landesgesetzlichen Vorschriften über Realgemeinden aufrecht erhalten bleiben. Soweit demnach allgemeine Vorschriften des Gemeinen Rechts (etwa über Korporationen) unter anderem auch für die Realgemeinden anwendbar waren, sind gemäß Art. 4 EGBGB an deren Stelle seit Erlaß des BGB die Vorschriften des BGB und Einführungsgesetzes getreten [375]). Hat sich dagegen ein besonderes Gewohnheitsrecht (Herkommen, Observanz) — nur — für Realgemeinden entgegen den allgemeinen Normen des Gemeinen Rechts gebildet, so ist dieses nicht durch das BGB ersetzt

372) OVG 64, S. 570ff.

373) Die Nutzung braucht keine Naturalnutzung zu sein. Es genügt, daß bei einer Verpachtung des Gemeinschaftsvermögens der Pachtzins unter die Mitglieder verteilt wird; Habicht, S. 109.

374) Soergel, 6. Aufl., 3. Bd., Art. 164, Anm. 4; Staudinger, 10. Aufl., Art. 164, Anm. 5.

375) Staudinger, a. a. O.; Habicht, S. 107.

worden. Das BGB ist deshalb nur ergänzend nach dem Realgemeindegesetz und dem besonderen Gewohnheitsrecht anwendbar [376]).

Nach Art. 218 EGBGB ist darüber hinaus der Landesgesetzgebung die weitere und *zukünftige Regelung* der Rechtsverhältnisse der Realgemeinden vorbehalten geblieben. Das ist insofern bedeutsam, als die Bestimmungen des Realgemeindegesetzes und des die Realgemeinden behandelnden Gewohnheitsrechts durch Landesgesetze abgeändert werden können [377]). Aber auch soweit ergänzend die Vorschriften des BGB nach dem Realgemeindegesetz und dem besonderen Gewohnheitsrecht anwendbar sind, ist die Landesgesetzgebung zur Änderung und Ersetzung solcher Bestimmungen des BGB durch Landesgesetz befugt [378]). Die Bestimmungen des BGB sind nur deshalb entgegen dem Grundsatz des Art. 164 anwendbar, weil die allgemeinen Bestimmungen des Gemeinen Rechts mangels besonderer landesgesetzlicher Rechtsnormen Platz griffen und jene durch das BGB ersetzt wurden. Damit sind aber die allgemeinen ergänzenden Bestimmungen des BGB kraft Landesrechts (kraft stillschweigender Verweisung auf das insoweit durch das BGB aufgehobene Gemeine Recht) anwendbar. Sie gelten deshalb als Teile des Landesrechts [379]). Der Landesgesetzgeber kann somit auch diese ergänzende Anwendbarkeit wieder dadurch aufheben, daß er besondere landesrechtliche Vorschriften erläßt [380]).

Die Zuständigkeit des preußischen Landesgesetzgebers wird für den Bereich der ehemaligen Provinz Hannover heute durch das Land Niedersachsen wahrgenommen. Da die im Realgemeindegesetz geregelte Materie nach Art. 74, Ziff. 17 BGG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung ist, könnte der Bund die Gesetzgebungskompetenz des Landes Niedersachsen durch Erlaß eigener Rechtsnorm insoweit aus-

---

376) Es ist deshalb ungenau, wenn Linckelmann-Fleck-Wiedemann S. 36 sagen: „Art. 164 beläßt den Realgemeinden ihre bisherige Rechtsstellung"; denn das gilt nur, soweit besondere Rechtsnormen für die Realgemeinden gelten.

377) Da diese „Landesgesetze nach dem 4. Abschnitt d. EGBGB — nach Art. 164 EGBGB — weiter maßgebend geblieben sind". Art. 218.

378) Staudinger, Art. 164, Anm. 6; Planck, Art. 163/164; Anm. 3; Niedner, Art. 164, Anm. 2b.

379) Staudinger, a. a. O.

380) a. A. Habicht, S. 108, Anm. 2, der den Standpunkt vertritt, daß der Landesgesetzgeber grundsätzlich nicht die einmal eingetretene Wirksamkeit des BGB beseitigen kann, indem er die entsprechenden Bestimmungen des BGB durch landesgesetzliche ersetzt. Er verkennt aber, daß die Bestimmungen des BGB gerade durch den Landesgesetzgeber — wenn auch in diesem Fall durch dessen Schweigen — anwendbar geworden sind.

schließen, als nach Art. 72 Abs. 2 BGG ein Bedürfnis für eine bundesgesetzliche Regelung besteht. Ein solches Bedürfnis dürfte aber deshalb entfallen, weil die Realgemeinde in Niedersachsen eine Sonderstellung gegenüber allen vergleichbaren Rechtsinstituten mit markgenossenschaftlichem Ursprung im übrigen Bundesgebiet erlangt hat[381]).

B. Die Rechtsgestalt der Realgemeinden

Über die Rechtsstellung der hannoverschen Realgemeinden herrscht seit jeher Unklarheit. Das Realgemeindegesetz läßt die Frage nach der juristischen Konstruktion der Realgemeinden und der Teilnahmerechte unbeantwortet. Der Gesetzgeber begnügte sich mit der Eröffnung der Möglichkeit der Statutserrichtung. Eine grundsätzliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Realgemeinden und ihrer Mitglieder erfolgte nicht, da der Gesetzgeber nicht in die in allen Landesteilen verschieden liegenden Rechtsverhältnisse über das unbedingt erforderliche Maß hinaus eingreifen wollte. Er wollte lediglich dem dringenden Bedürfnis nach einer gesetzlichen Vertretung der Realgemeinden abhelfen, im übrigen aber den bestehenden Rechtszustand unberührt lassen[382]). Selbst die in § 8 RGGes normierten Vorschriften enthalten im wesentlichen nur damals als selbstverständlich empfundene Bestimmungen.

Erschwert wird die Klärung der Streitfragen um die Rechtsverhältnisse der Realgemeinden noch dadurch, daß die rechtliche Ausgestaltung des Realgemeindewesens in dem Gebiet der vormaligen Provinz Hannover nicht unter einem einheitlichen Recht erfolgt war. Im größten Teil der Provinz galt bis zur Einführung des BGB das Gemeine Recht, während im Gebiet des Fürstentums Ostfriesland, der Niedergrafschaft

---

381) Zu beachten ist, daß das Realgemeindegesetz nicht im ganzen Land Niedersachsen gilt, sondern nur in der ehemaligen Prov. Hannover, also nicht in den Verwaltungsbezirken Braunschweig und Oldenburg. Im Verwaltungsbezirk Braunschweig regeln sich die Rechtsverhältnisse der Realgemeinden nach dem Gesetz die Realgenossenschaften betreffend vom 26. Mai 1896 (Br. GuVS., S. 185), in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 6. Mai 1935 (Br. GuVS., S. 168). Nach diesem Gesetz wird den Realgemeinden und den Interessentenschaften die Möglichkeit gegeben, sich ein Statut entsprechend der Regelung des Realgemeindegesetzes zu geben. Die Realgenossenschaften sind juristische Personen (§ 2 a. a. O.), unterstehen der Staatsaufsicht nach Maßgabe der Bestimmungen über die Kommunalaufsicht (§ 12 a. a. O.), ihr Vorstand hat verschiedene Hoheitsbefugnisse (§ 16 a. a. O.).

382) In den Gesetzesberatungen kam immer wieder der Wunsch zum Ausdruck, auf keinen Fall über Gebühr in bestehende Privatrechte einzugreifen; Stenographische Berichte 1888, Haus der Abgeordneten, Anlagen, 3. Band, Nr. 166, S. 1840.

Lingen, der sog. Münsterschen Absplissen, des Eichsfeldes und im Jadegebiet das Allgemeine Preußische Landrecht galt[383]). Das deutsch-rechtliche Gewohnheitsrecht über die Realgemeinden war deshalb in den verschiedenen Rechtsgebieten der ehemaligen Provinz Hannover unterschiedlich ergänzt und beeinflußt worden. Einheitliche Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Realgemeinden für alle Teile der Provinz haben sich deshalb nur im beschränkten Umfang herausbilden können. Die Arbeit soll im folgenden hauptsächlich der Untersuchung der Rechtsfragen dienen, die für alle hannoverschen Realgemeinden gleichmäßig beantwortet werden können.

I. Die Realgemeinden als selbständige Rechtspersönlichkeiten

Hier handelt es sich zunächst um die Frage, ob die Realgemeinden eigene Rechtspersönlichkeit haben, ob sie also juristische Personen sind. Diese Frage wird von der Rechtsprechung[384]) und dem Schrifttum[385]) fast einmütig — allerdings allgemein ohne nähere Begründung — bejaht[386]). Das Realgemeindegesetz nimmt zu dieser Frage nicht unmittelbar Stellung. In den Gesetzesberatungen ging man davon aus, daß die Realgemeinden juristische Personen seien[387]). § 1 RGGes spricht von „Mitgliedern, die kraft ihrer Genossenschaftsangehörigkeit zur Nutzung einer Gemeinheit berechtigt sind". Hiernach setzt das Realgemeindegesetz voraus, daß es sich um einen Personenverband mit Mitgliedern handelt, die kraft ihrer Mitgliedschaft Rechte an der Allmende genießen. Das Recht an der Gemeinheit ist somit nicht ein unmittelbares Recht der Genossen an der Allmende, sondern ein aus der Mitgliedschaft resultierendes. Die Mitgliedschaft ist das Primäre, das Recht des Mitglieds an der Allmende die Folge davon. Vermögensträger sind damit grundsätzlich die Realgemeinden als solche und nicht die

383) Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 10ff: „Das gemeinrechtliche Gebiet umfaßt etwa 2136000. dasjenige des ALR etwa 285000 Einwohner" (Stand um die Jahrhundertwende).

384) OVG 74, S. 211; 78, S. 91; REG Celle in JW 1936, S. 602.

385) Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 40; Loeb-Galdenhof, S. 71; Lange in JW 1933, S. 2376; Spohr, Die hannoverschen Realgemeinden, S. 15; Molsen, S. 32; Harriehausen, S. 31.

386) a. A. v. Klitzing, in Pr. VBl 1924, Bd. 45, S. 199: „Rechtsqualität als Realgemeinde kommt jedoch erst dann infrage, wenn sich solche Verwaltungsvereinigung oder Gemeinschaft eine Verfassung gegeben hat." Im übrigen macht v. Klitzing aber auch keinen Unterschied zwischen Interessentenschaften und echten Realgemeinden.

387) Stenographische Berichte 1888, Herrenhaus, Anlagen, Bd. 2, Nr. 14 (Anlage 3 zur Nr. 36), S. 125; Haus der Abgeordneten, 3. Bd., Nr. 166, S. 1840.

Vielheit ihrer Mitglieder. Deshalb wird auch die Realgemeinde selbst als Eigentümerin der Genossenschaftsgrundstücke im Grundbuch eingetragen; nicht werden es die einzelnen Mitglieder [388]).

Daneben ist es aber auch nach dem Realgemeindegesetz (§ 1 Abs. 2) möglich, daß die einzelnen Mitglieder Miteigentümer des Genossenschaftsvermögens sind. In diesem Fall, der höchst selten sein wird [389]), kann von einer selbständigen Rechtspersönlichkeit nicht die Rede sein [390]). Die Begriffe: Gemeinschaft von Miteigentümern und juristische Person schließen sich gegenseitig aus. Aber mit der Statutserrichtung verwandelt sich diese Miteigentumsgemeinschaft in eine juristische Person. Das ist eine notwendige Folge der mit der Statutserrichtung erfolgten Verleihung einer körperschaftlichen Verfassung.

Bis auf diesen Ausnahmefall muß jedoch auch vor Statutserrichtung den Realgemeinden die juristische Persönlichkeit zugesprochen werden [391]). Der Gesetzgeber hat bei Erlaß des Realgemeindegesetzes die Realgemeinden als bestehend vorausgesetzt, er wollte nicht erst solche ins Leben rufen oder ihnen erst durch die Statutserrichtung die Rechtsfähigkeit verleihen [392]). Die Rechtspersönlichkeit der Realgemeinden ist eine Folge ihrer historischen Entwicklung. Die den Markgemeinden vor ihrer Spaltung in Realgemeinden und politische Gemeinden etwa seit dem 18.—19. Jahrhundert zugesprochene Rechtspersönlichkeit hat sich nach der Spaltung in diese beiden Verbände auf diese übertragen. In der Realgemeinde lebt ein Stück der alten Gemeindepersönlichkeit fort [393]).

---

388) Linckelmann-Fleck vertreten noch in der 1. Aufl., S. 165, die Auffassung, daß man aus der Eigenschaft als juristische Person nicht die Folgerung ziehen könnte, daß das Allmendegut im Eigentum der Realgemeinde stehen müsse. Der Begriff juristische Person beziehe sich nur auf den Personenzusammenschluß, nicht auf die selbständige Vermögensträgerschaft. Diese Auffassung läßt sich nicht mit dem Wesen der juristischen Person vereinbaren und vor allem nicht im Hinblick auf die Realgemeinden, da diese doch gerade der Allmende ihre Entstehung verdanken und ihren Daseinszweck nur in der Allmende haben.

389) In der Literatur, Rechtspr. und den verwendeten Akten ist allerdings kein derartiger Fall festzustellen.

390) a. A. Linckelmann-Fleck, 1. Aufl., a. a. O.

391) So auch OVG 74, S. 209.

392) OVG 69, S. 128; Stenographische Berichte 1888, Haus der Abgeordneten, 3. Band, Anlagen, Nr. 166, S. 1840.

393) Gierke, DPR, S. 614f; ders. GenR I, S. 687; ders. Gen. Theorie S. 212; bes. aber DPR, S. 616, Anm. 14: „Das Gesetz von 1888 schweigt über die rechtliche Natur der von ihm betroffenen Realgemeinden, behandelt sie

Die Realgemeinden tragen die den juristischen Personen typischen Merkmale, nämlich den Gesamtnamen, die eigene Vermögensträgerschaft und die körperschaftliche Organisation, die im lokalen Gewohnheitsrecht oder der Satzung ihren Niederschlag gefunden hat. Die nach dem Realgemeindegesetz vorgesehenen und bereits vor Erlaß des Realgemeindegesetzes üblichen Organe: Mitgliederversammlung (Genossenschaftsversammlung) und Vorstand sind kennzeichnende Merkmale einer juristischen Person. Die Stimmrechtsregelung mit Mehrheitsbeschlüssen (z. B. § 5 RGGes) ist ein weiteres Zeichen der selbständigen Rechtspersönlichkeit [394]). Die Realgemeinde wird durch die Mehrheit der Mitglieder derart repräsentiert, daß der zu einem Majoritätsbeschluß zusammengefaßte Wille der einzelnen den Willen der Gesamtheit darstellt.

Hinsichtlich eines Merkmals der juristischen Personen, nämlich „der Einrichtung auf einen wechselnden Mitgliederbestand", könnte das Vorliegen einer selbständigen Rechtspersönlichkeit bei den Realgemeinden zweifelhaft werden. Die Zahl der Mitglieder einer Realgemeinde ist grundsätzlich konstant. Außer durch Erbgang und Verkauf einer Reihestelle ist ein Mitgliederwechsel im allgemeinen nicht möglich. Jedoch folgt aus § 6 Ziffer 7 RGGes, daß — entgegen der tatsächlichen Handhabung — die Einräumung neuer Teilnahmerechte und damit ein wechselnder Mitgliederbestand vom Gesetzgeber als grundsätzlich möglich angesehen worden ist [395]).

Daß schließlich die Mitgliedschaft bei einer Realgemeinde im allgemeinen nicht frei übertragbar ist, schließt ebenfalls nicht ihren Charakter als selbständige Rechtspersönlichkeit aus [396]). Der Grundsatz der

---

aber durchweg als eigentumsfähige ‚Genossenschaften' körperschaftlicher Struktur."

394) Bei Gesamthandsgemeinschaften und Bruchteilsgemeinschaften ist grundsätzlich Einstimmigkeit und nur bei besonderer Vereinbarung Stimmenmehrheit bei der Beschlußfassung erforderlich.

395) Im übrigen ist auch bei der AG und der GmbH die Zahl der Mitglieder dieser juristischen Personen grundsätzlich konstant, und eine Änderung der Mitgliederzahl nur durch Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung zu erreichen. Entsprechendes findet sich auch bei manchen rechtsfähigen Verwaltungseinheiten. So ist z. B. auch der Kreis der Mitglieder einer Teilnehmergemeinschaft nach § 17 RUO ein geschlossener.

396) Bei Vereinen ist sogar nach § 38 BGB eine Übertragung und Vererbung der Mitgliedschaft überhaupt ausgeschlossen, ohne daß hierdurch die Rechtsfähigkeit beeinträchtigt wird. Außerdem gibt es bei den juristischen Personen, deren Mitgliedschaft übertragbar ist, häufig eine Beschränkung der Übertragbarkeit. Z. B. bei der Zuckerrüben-A.G., in den vinkulierten Namens-

Einrichtung der juristischen Personen auf einen wechselnden Mitgliederbestand ist aber auch nur so zu verstehen, daß durch einen an sich zulässigen Mitgliederwechsel die juristische Person in ihrem Rechtsbestand nicht verändert wird. Bei dieser Auslegung muß jedoch auch von den Realgemeinden insoweit von juristischen Personen gesprochen werden.

Die hier entwickelten Grundsätze haben auch für die Gebietsteile der früheren Provinz Hannover ihre Berechtigung, in denen das Preußische Allgemeine Landrecht galt [397]). Wenn auch nach §§ 23 ff II 7 ALR die allmendberechtigten Gemeindeangehörigen nicht „eine besondere Korporation", sondern bloß eine „Klasse" mit „gemeinschaftlichem Privatvermögen" bildeten und unter den preußisch-rechtlichen Begriff der „erlaubten Privatgesellschaft" fielen, für die nur nach innen Körperschaftsrecht galt [398]), so ist durch die hannoversche Gesetzgebung seit der Eingliederung dieser Gebietsteile (in den Jahren 1815 bzw. 1816) auch für diese Realgemeinden eine Anerkennung ihrer Rechtspersönlichkeit erfolgt. In den hannoverschen Landgemeindegesetzen vom 4. Mai 1852 (Hann. GS., S. 83) (§§ 45 ff) und vom 28. April 1859 (Hann. GS., S. 393) (§§ 60 ff) wird ohne Unterschied des jeweils geltenden Rechts von Genossenschaften gesprochen. Damit wurden die gemeinrechtlichen Realgemeinden mit denen nach dem Preußischen Allgemeinen Landrecht hinsichtlich ihrer Rechtsnatur gleichgestellt [399]). Seitdem bilden die Realgemeinden in allen Landesteilen der ehemaligen Provinz Hannover selbständige Rechtspersönlichkeiten, es sei denn, die Allmendegrundstücke stehen seit alters her in Miteigentum der Reihestellenbesitzer [400]).

---

aktien und in der Bestimmung des § 15 Abs. 5 GmbH-Gesetz. Im Recht der rechtsfähigen Verwaltungseinheiten ist eine dingliche Bindung der Mitgliedschaft nicht unbekannt; vgl. ferner § 2 der Verordnung über die Bildung wirtschaftl. Zusammenschlüsse in der Forstwirtschaft vom 7. Mai 1943 (RGBl I, S. 298); § 2 der Verordnung über die Bildung von Forstverbänden vom 7. Mai 1943 (RGBl I, S. 299). Hier wird auch eine dingliche Bindung der Mitgliedschaft normiert.

397) Westermann, S. 230.

398) Gierke, DPR, S. 650.

399) Vgl. hierzu auch Gierke, DRP, S. 614, Anm. 9; a. A. Kiamka, in Nr. 519 der Landwirtschaftlichen Zeitung des hann. Kuriers vom 29. 12. 1906, der für die Gebietsteile des Preußischen Landrechts die Rechtspersönlichkeit der Realgemeinden bestreitet und dieselbe nur für die gemeinrechtlichen Gebietsteile anerkennt.

400) Die gleiche Stellung nehmen die Allmendeberechtigten im Siegerland ein, die die sog. Haubergsgenossenschaften — ebenfalls juristische Personen — bilden; vgl. hierzu OVG 57, S. 167; Delius, S. 79 ff; § 6 Preuß. Haubergsordnung für den Kreis Siegen vom 17. März 1879 (Preuß. GS., S. 228).

II. Die Realgemeinden mit Statut als Körperschaften des öffentlichen Rechts

Nachdem festgestellt ist, daß die hannoverschen Realgemeinden eigene Rechtspersönlichkeit haben, erhebt sich die weitere Frage, ob sie juristische Personen des Privatrechts oder Körperschaften des öffentlichen Rechts (öffentlich-rechtliche Körperschaften, öffentliche Körperschaften) sind. Diese Frage ist in der Literatur nur dürftig behandelt worden. Im allgemeinen begnügten sich die Autoren mit der Feststellung, die Realgemeinden hätten die Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts oder die einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, ohne ihre Ansicht näher zu begründen. Ein Teil der Lehre und Rechtsprechung sieht die Realgemeinden grundsätzlich als juristische Personen des Privatrechts an [401]), während ein anderer Teil dieser Ansicht nur insoweit beitritt, als es sich um Realgemeinden ohne ein Statut nach dem Realgemeindegesetz handelt. Realgemeinden, die mit einem Statut nach dem Realgemeindegesetz versehen sind, werden von diesen Schriftstellern als Körperschaften des öffentlichen Rechts angesehen [402]). Eine dritte Meinung betrachtet alle hannoverschen Realgemeinden als Körperschaften des öffentlichen Rechts [403]). Schließlich stellt es eine vierte Meinung bei der Zuordnung der Realgemeinden zu dem Kreis der Körperschaften des öffentlichen Rechts oder dem der juristischen Personen des Privatrechts auf den jeweiligen Stand der historischen Entwicklung ab. Die Vertreter dieser Ansicht führen aus, daß einige Realgemeinden den Weg vom öffentlich-rechtlichen zum

---

401) Kunz-Guba-Theissig I, S. 19, II, § 65; Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 40f, besonders S. 40, Anm. 4; Schnoor, S. 48; Surén-Loschelder, Ergänzungsband, S. 1, zu § 1 der 1. DVO zur DGO; v. Verschuer in RVBl 1937, S. 961; Zeitler-Bitter-v. Derschau, 3. Aufl., § 65, Anm. 1; Landgericht Göttingen, Beschluß vom 4. November 1935 — 1 T 167/35 (die zitierten Kommentare zur DGO beziehen ihre Ansicht allgemein auf die Überreste der alten Markgenossenschaften und haben nicht die speziellen Verhältnisse in Niedersachsen im Auge.

402) v. Bitter, Handwörterbuch der preußischen Verw., 2. Band, S. 346; Bullermann, Hann. Realgemeinden, S. 10; ders. in Pr. VBl 1905, 27. Band, S. 43f; Ellerингmann, S. 55, Anm. 4; Friesenhahn, S. 271; Gierke, DPR I, S. 616f; Giesecke, S. 31; Otto Mayer, II. Band, S. 659, Anm. 38; Westermann, S. 230; Gerichtshof zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten in Pr. VBl 1906, 28. Band, S. 63; RFH in RStBl 1929, S. 594; Landesverwaltungsgericht Hannover, Urteil vom 14. November 1949 — A 500/48.

403) Spohr, Hann. Realgemeinden, S. 13; Güthe-Triebel, 2. Bd., 6. Aufl., S. 1969; unklar v. Klitzing, in Pr. VBl 1924, 45. Band, S. 199ff.

privatrechtlichen Rechtsgebilde schon zurückgelegt, andere ihn noch nicht vollendet hätten [404]).

1. Begriff der Körperschaften des öffentlichen Rechts

Diese Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsform der hannoverschen Realgemeinden rühren letztlich daher, daß der Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht gesetzlich definiert ist, und daß die Wissenschaft eine allgemein anerkannte Definition noch nicht ausgebildet hat. Vielmehr besteht im Schrifttum weithin Uneinigkeit darüber, welches die entscheidenden Merkmale einer Körperschaft des öffentlichen Rechts sind [405]), die eine Abgrenzung gegenüber den juristischen Personen des Privatrechts zulassen.

Das hat seinen Grund nicht zuletzt darin, daß sich die Erscheinungsformen der öffentlichen Körperschaften im Laufe der letzten 150 Jahre erheblich gewandelt haben, was zur Folge hatte, daß die von der Lehre gegebenen Definitionen den jeweiligen Zeitumständen neu angepaßt werden mußten [406]). Andererseits erheben heute noch Rechtsgebilde Anspruch auf Anerkennung ihres Charakters als Körperschaft des öffentlichen Rechts, deren Errichtung in eine Zeit fiel, in der die öffentlichen Körperschaften nach anderen Maßstäben errichtet wurden als heutzutage und die deshalb möglicherweise heute unseren Anschauungen von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht mehr entsprechen. Als öffentlich-rechtliche Körperschaften können diese Personenverbände aber nur gelten, wenn sie den Anforderungen genügen, die man nach heutigen Vorstellungen mit dem Begriff der öffentlich-rechtlichen Körperschaft verbindet [407]). Wenn man diese Erkenntnis auf die Realgemeinden überträgt, bedeutet das, daß sie nur dann öffentlich-rechtliche Körperschaften sind, wenn sie unter den gegenwärtigen Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts fallen.

---

404) So RFH in JW 1933, S. 651; ähnlich auch Loeb-Caldenhof, Seite 74.

405) G. Jellinek, System, S. 263, stellt deshalb resigniert fest, daß es sich nicht mit Sicherheit bestimmen lasse, wo der Verband des Privatrechts aufhört und der des öffentlichen Rechts beginnt.

406) Vgl. hierzu Forsthoff, Lehrbuch, S. 357 ff; ders., Krise der Gemeindeverwaltung, S. 10 ff; ders., Öffentliche Körperschaften im Bundesstaat, S. 22, und Keibel, Die Erscheinungsformen der Körperschaften des öffentlichen Rechts seit 1933, S. 21 ff.

407) Es sei denn, sie werden auch heute noch trotz Fehlens der nunmehr üblichen Merkmale als solche ausdrücklich anerkannt. Das ist auch der Grundgedanke der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs RFH 23, S. 306 ff; 28, S. 346.

Es ist allgemein anerkannt, daß „die Körperschaften des öffentlichen Rechts immer und ohne weiteres *rechtsfähig* sind“ [408]). Das gehört unzweifelhaft zum Begriff der öffentlichen Körperschaft. Damit ist aber noch keine Unterscheidungsmöglichkeit gegenüber den juristischen Personen des Privatrechts gegeben, sondern lediglich etwas beiden Gemeinsames festgestellt worden [409]).

Die Körperschaften des öffentlichen Rechts weisen im Gegensatz zu den Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts einen *Mitgliederbestand* auf [410]). Dieser Verbandscharakter schafft zwar die Möglichkeit, die öffentlichen Körperschaften von den anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts abzugrenzen, nicht jedoch von den privatrechtlichen juristischen Personen mit Ausnahme der rechtsfähigen Stiftungen des Privatrechts. Bei Zugrundelegung des Körperschaftsbegriffs als eines Unterbegriffs der juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist es jedoch anerkanntermaßen nicht notwendige Voraussetzung, daß die Willensbildung der Körperschaft des öffentlichen Rechts ausschließlich dem Einfluß der Mitglieder unterliegt. Die sogenannten „Leitungs-“ („Führungs-“) und „Lastenverbände“ bilden regelmäßig ihren Willen in nur beschränktem Umfang unter dem aktiven Einfluß ihrer Mitglieder [411]). Für die öffentlich-rechtlichen

---

408) Weber, S. 16.

409) Die Rechtsfähigkeit der öffentlichen Körperschaft erstreckt sich gleichermaßen auf ihre öffentlich-rechtlichen wie auf ihre privatrechtlichen Beziehungen. Vgl. bes. Jellinek, S. 177, und die bei Kempermann, S. 3, Anm. 1, zitierte Literatur.

410) W. Weber, S. 35 ff, weist Ungenauigkeiten in der gesetzlichen Terminologie der letzten 20 Jahre in der Richtung nach, daß der Begriff „Körperschaften des öffentlichen Rechts“ als gleichbedeutend mit „juristische Person des öffentlichen Rechts“ verwendet worden ist. So sind häufig Anstalten des öffentlichen Rechts als Körperschaften des öffentlichen Rechts bezeichnet worden. Vereinzelt ist auf Grund dieser Übung des Gesetzgebers und der Ausgestaltung vieler öffentlicher Körperschaften ohne aktive Einflußmöglichkeit der Mitglieder — Lastenverband, Leitungsverband — in der Literatur die Ansicht vertreten worden, daß „das öffentliche Recht heute nur noch eine juristische Person kennt, die öffentliche Körperschaft“; Kempermann, S. 8; Maunz, Verwaltung, S. 55; ders., in DVBl 1936, S. 1; Duhm, S. 60, vertritt einen ähnlichen Standpunkt. In der vorliegenden Arbeit wird jedoch die traditionelle Dreiteilung: Körperschaft, Anstalt, Stiftung des öffentlichen Rechts beibehalten und der Begriff Körperschaft des öffentlichen Rechts nur in dem engeren Sinne verwandt. Eine Rechtfertigung der Beibehaltung der traditionellen Unterscheidung gibt Weber, S. 87 f.

411) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 371 f; Köttgen, Rechtsfähige Verwaltungseinheit, S. 48 ff, 62 f.

Körperschaften bleibt deshalb einziges Kriterium gegenüber den öffentlichen Stiftungen und Anstalten ihr Mitgliederbestand.

Ein wesentliches Merkmal der Körperschaften des öffentlichen Rechts ist ihre *besondere Beziehung zum Staat.* Durch die Verleihung des Charakters einer öffentlichen Körperschaft tritt diese in einen „nahen inneren Zusammenhang" zum Staat [412]), der seinen erkennbaren Ausdruck in der Staatsaufsicht findet; denn es ist ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, daß alle öffentlich-rechtlichen Körperschaften immer und ohne weiteres unter Staatsaufsicht stehen [413]). In Niedersachsen hat dieser allgemeine Rechtsgrundsatz — für die landesrechtlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts — seinen gesetzlichen Niederschlag in Art. 44 Abs. 5 der Vorläufigen Niedersächsischen Verfassung gefunden. Dennoch kann man die Staatsaufsicht über die öffentlichen Körperschaften nicht als sicheres Abgrenzungsmerkmal gegenüber den juristischen Personen des Privatrechts bezeichnen [414]). Auch verschiedene privatrechtliche juristische Personen unterliegen der Beaufsichtigung durch den Staat [415]), ohne daß sie hierdurch ihren privatrechtlichen Status verloren hätten [416]). Die Aufsicht über diese juristischen Personen des Privatrechts entspricht insofern inhaltlich der Staatsaufsicht über öffentliche Körperschaften. In beiden Fällen hat die Aufsicht zum Ziele, gegebenenfalls den betreffenden Verband zur gesetzmäßigen — und eventuell sogar zur zweckmäßigen — Erfüllung seiner Daseinsaufgabe anzuhalten [417]). Deshalb läßt sich lediglich sagen,

412) Otto Mayer II, 2. Aufl., S. 587.

413) Weber, S. 23ff; Forsthoff, S. 374f; Rosin, S. 102ff; Otto Mayer II, 2. Aufl., S. 707ff; Köttgen, Rechtsf. Verwaltungseinheit, S. 20f; Hoffmann, S. 21f.

414) Weber, a.a.O.; Forsthoff, a.a.O.

415) § 30 des Ges. über das Kreditwesen v. 25. September 1939 (RGBl I, S. 1955); Vorspruch, §§ 1 u. 8 des Energiewirtschaftsgesetzes v. 13. Dez. 1935 (RGBl I, S. 1451); § 15 der 1. Durchf. Verordnung zum Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaues der deutschen Wirtschaft vom 27. Nov. 1934 (RGBl I, S. 1194). Weber, S. 23f, bes. S. 23, Anm. 3; Forsthoff, S. 374.

416) Vgl. z. B. § 5 der 1. Durchf.-Verordnung v. 27. Nov. 1934. Die unter Staatsaufsicht gestellten Wirtschaftsverbände werden hier ausdrücklich als rechtsfähige Vereine betrachtet.

417) Vgl. für die juristischen Personen des Privatrechts: § 30 des Gesetzes über das Kreditwesen; Vorspruch, §§ 1 u. 8 des Energiewirtschaftsgesetzes; vgl. ferner die dem Beiträgegesetz entsprechenden Bestimmungen in § 15 der 1. Durchf.-Verordnung v. 27. Nov. 1934. In diesen Gesetzen sind verschiedene juristische Personen des Privatrechts unter eine „positive" Staatsaufsicht gestellt worden, nach der nicht nur eine Gesetzmäßigkeitskontrolle

daß alle Körperschaften des öffentlichen Rechts der Staatsaufsicht unterstehen, nicht aber, daß alle Personenverbände, die unter positiver Staatsaufsicht stehen, als Körperschaften des öffentlichen Rechts zu betrachten sind [418]).

Außerdem sind vielfach öffentlich-rechtliche Körperschaften errichtet worden, ohne in dem sie konstituierenden Gesetz ausdrücklich unter Staatsaufsicht gestellt zu werden. Die Unterstellung dieser öffentlichen Körperschaften unter die Staatsaufsicht ergibt sich dann aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß alle Körperschaften des öffentlichen Rechts unter Staatsaufsicht stehen (und in Niedersachsen zudem aus der generellen Bestimmung des Art. 44 Abs. 5 der Vorläufigen Niedersächsischen Verfassung). Aus diesem Grunde entfällt damit die Staatsaufsicht aber auch als Element einer allgemein gültigen Definition der öffentlich-rechtlichen Körperschaften. Denn für eine Begriffsbestimmung lassen sich nicht die Folgen dieser Begriffsbestimmung als Definitionselemente verwenden, wenn diese nicht immer ohne weiteres ersichtlich sind. Die Rechtsstellung einer öffentlichen Körperschaft muß sich schon bei ihrer Errichtung erkennen lassen und nicht erst auf Grund ihrer (möglicherweise unrichtigen) Behandlung in der Praxis [419]). Eine theoretische Abgrenzung der Körperschaften des öffentlichen Rechts von den juristischen Personen des Privatrechts muß sich deshalb daraus ergeben, *weshalb* sie öffentlich-rechtliche Körperschaften sind (und damit der Staatsaufsicht unterstehen).

Ebenso wie die Staatsaufsicht bilden die *Aufgaben der öffentlichen Körperschaften* kein zuverlässiges Abgrenzungsmerkmal gegenüber den privatrechtlichen Verbänden. Allerdings liegt die Wahrnehmung der Funktionen der Körperschaften des öffentlichen Rechts grundsätzlich im öffentlichen Interesse und nicht nur im privaten Mitgliederinteresse. Die Tätigkeit aller öffentlich-rechtlichen Körperschaften hat immer eine ganz besondere Bedeutung für den Staat. Aber auch die Durchführung der Aufgaben vieler privatrechtlicher juristischer Per-

---

sondern sogar eine begrenzte Zweckmäßigkeitskontrolle von der Aufsichtsbehörde insofern vorzunehmen ist, als sie nicht nur über die Beachtung gesetzlicher Bestimmungen, sondern auch über die Einhaltung der Ziele der staatlichen Wirtschaftspolitik zu wachen hat. Diese Staatsaufsicht ist deshalb außerdem eine „positive", weil der Staat diese juristischen Personen des Privatrechts zur Erfüllung ihrer Daseinsfunktionen anhalten kann. Die Aufsichtsbehörde wird also „wirtschaftslenkend" tätig (Weber, a. a. O.).

418) Weber, S. 23f; Forsthoff, S. 374.

419) Denn die Aufsichtsbehörde wiederum könnte in einem solchen Fall ihr Aufsichtsrecht nur aus der Tatsache ableiten, daß es sich um eine öffentliche Körperschaft handelt. Das würde zu einem Zirkelschluß führen.

sonen liegt im öffentlichen Interesse. Man denke nur an die „Verbände mit Teilhoheitscharakter“ [420]) und an die unter Staatsaufsicht gestellten juristischen Personen des Privatrechts [421]). Trotzdem wird man sagen können, daß die Verwaltungsaufgaben der öffentlich-rechtlichen Körperschaften im erhöhten Maße im öffentlichen Interesse liegen, jedenfalls regelmäßig in einem weiteren Umfang als die der juristischen Personen des Privatrechts. Dafür sind eben jene Verwaltungsaufgaben einer (der Staatsaufsicht unterliegenden) öffentlichen Körperschaft zugewiesen worden und nicht einem privatrechtlichen Verband überlassen geblieben. Gleichwohl ist hiermit keine *klare* Abgrenzungsgrundlage gefunden; denn die Grenze, wann eine Angelegenheit eine solche Bedeutung für den Staat erlangt hat, daß sie inhaltlich zu einer Angelegenheit der öffentlichen Verwaltung wird, ist verschwommen; eine solche Grenze läßt sich allein nach dem Inhalt der Verwaltungsaufgaben überhaupt nicht zuverlässig ziehen [422]). Wollte man es bei der Abgrenzung der juristischen Personen des Privatrechts von denen des öffentlichen Rechts auf die Bedeutung ihrer Verwaltungsaufgaben für den Staat abstellen, so müßte man folgerichtig auch eine automatische Umbildung von privatrechtlichen Verbänden in öffentliche Körperschaften anerkennen, wenn deren Verwaltungsaufgaben auf Grund der allgemeinen geschichtlichen Entwicklung einen bestimmten Grad an Bedeutung für den Staat erlangt haben, wenn sie zu materiell öffentlichen Aufgaben geworden sind. Im Interesse der Rechtssicherheit ist es aber ausgeschlossen, daß auf diese Weise privatrechtliche Verbände in die Rechtsstellung einer öffentlichen Körperschaft „hineinwachsen“ [423]) [424]).

---

420) Dieser Ausdruck ist von Weber, S. 57, geprägt. Vgl. hierüber im einzelnen Weber, S. 57 ff; 73.

421) Vgl. oben S. 104, Anm. 417.

422) Denn sonst hätte es der Gesetzgeber nicht — wie teilweise geschehen — verschiedenen privatrechtlichen Verbänden überlassen dürfen, sich in eine öffentliche Körperschaft umzubilden oder die ursprüngliche privatrechtliche Verbandsform beizubehalten. (Vgl. § 207 Preuß. Wassergesetz vom 7. April 1913; § 231 RVO.) Die Verwaltungsaufgaben dieser Personenverbände sind vor und nach der Umbildung inhaltlich die gleichen, ebenso wie ihre Bedeutung für den Staat gleich groß bleibt.

423) Weber, S. 52 f, 82 f; Forsthoff, S. 375.

424) Der umgekehrte Fall, daß eine ursprüngliche öffentliche Körperschaft infolge des Bedeutungswandels ihrer Aufgaben zur juristischen Person des Privatrechts wird, ist dagegen v. d. Rechtsprechung gelegentlich anerkannt worden. RFH 23, S. 301.

Wie fließend die Übergänge von einer inhaltlich privaten Angelegenheit zu einer „wesensmäßig öffentlichen Verwaltungsaufgabe" sind, zeigen auch besonders deutlich die verschiedenen *Entstehungsgründe* der Körperschaften des öffentlichen Rechts; denn in vielen Fällen sind gewisse Personenverbände gerade deshalb zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften erklärt worden, um hierdurch ihren Aufgabenbereich der staatlichen Verwaltung anzuschließen, um sie damit zum Gegenstand der öffentlichen Verwaltung zu machen. Forsthoff hat gezeigt [425]), daß die öffentlichen Körperschaften als solche zum Zwecke der Erfüllung von verschiedenen Funktionen vom Staat errichtet werden bzw. errichtet worden sind; er hat dabei drei verschiedene Entstehungsgründe gefunden. Einmal kann die Verbandsform der öffentlich-rechtlichen Körperschaft deshalb gewählt sein, weil „die Pflege gesellschaftlicher Interessen durch einen festen (bestehenden) Personenkreis der Gesellschaft vermöge der Ausstattung mit den Organisationsformen des öffentlichen Rechts besonders wirksam", wirksamer jedenfalls als in der Form des privaten Vereins betrieben werden kann. „Die Körperschaft des öffentlichen Rechts kann zweitens mit dem Ziel eingesetzt werden, bestimmte Sozialbereiche vom Staate aus zu disziplinieren und funktionell an den Staat heranzuziehen. Sie ist dann ein Mittel der politischen Führung" [426]). Als dritten Grund der Errichtung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts bezeichnet Forsthoff noch die Tendenz des Staates nach Dezentralisation seiner eigenen — staatsunmittelbaren — Verwaltung [427]).

Durch die Ausgliederung aus der unmittelbaren Staatsverwaltung und die Übertragung der Verwaltung auf „rechtsfähige Verwaltungseinheiten" [428]) ist ebenso wie in dem zweiten von Forsthoff bezeichneten Fall ein Träger *„mittelbarer Staatsverwaltung"* entstanden. Die erstgenannte Gruppe zählt Forsthoff dagegen nicht zu den echten Trägern mittelbarer Staatsverwaltung. Wenn man mit der herrschenden Lehre aber unter mittelbarer Staatsverwaltung die Wahrnehmung „an sich staatlicher Aufgaben durch Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts" versteht [429]), dürfte die Be-

425) Forsthoff, Lehrbuch, S. 370 f.

426) Forsthoff, a. a. O.

427) Vgl. hierzu ferner noch Weber, S. 12: „Verwaltungsorganisatorische Absonderung"; Köttgen, Rechtsfähige Verwaltungseinheit, S. 10 f, 84 ff.

428) Der Ausdruck ist von Köttgen in seinem gleichnamigen Buch geprägt; ähnlich schon Otto Mayer II, 2. Aufl., S. 585: „Rechtsfähige Verwaltungen".

429) Forsthoff, Lehrbuch, S. 363; Weber, S. 13 f, 20 f.

zeichnung der zweiten Gruppe als Träger mittelbarer Staatsverwaltung den gleichen Bedenken ausgesetzt sein, die Forsthoff bei einer solchen Bezeichnung für die erste Gruppe hegt. In beiden Fällen handelt es sich um Körperschaften, deren Angelegenheiten ursprünglich eigene und nicht ursprünglich staatliche gewesen sind. Von „an sich staatlichen Aufgaben" kann deshalb in beiden Fällen schwer gesprochen werden. Zu „an sich staatlichen Aufgaben" und zum Gegenstand der öffentlichen Verwaltung sind sie erst dadurch geworden, daß dem betreffenden Personenverband förmlich die Eigenschaft einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen wurde.

Der Aufgabenbereich des Staates hat sich im Laufe der Geschichte ständig gewandelt. Viele ursprünglich ausschließliche Privatangelegenheiten einzelner Interessenten haben im Laufe der Zeit eine solche Bedeutung für das Staatsganze erlangt, daß eine staatliche Einflußnahme gesichert werden mußte [430]). Entsprechend der Vergrößerung des Bereichs des öffentlichen Interesses hat der Staat die Macht und das Recht, seinen unmittelbaren und mittelbaren Verwaltungsbereich (Aufgabenbereich) zu erweitern [431]). Letzteres kann auch dadurch geschehen, daß er Körperschaften den Charakter von rechtsfähigen Verwaltungseinheiten gibt und dadurch deren Aufgaben in seinen Einflußbereich zieht. Insoweit sind aber dann durch die Schaffung von Eingriffsmöglichkeiten des Staates in die Angelegenheiten dieser neu geschaffenen öffentlichen Körperschaft (mit den Mitteln der Staatsaufsicht) die Aufgaben derselben mittelbar staatliche geworden. Durch die Erklärung eines Verbandes zur Körperschaft des öffentlichen Rechts hat der Staat sein Interesse an dessen Aufgaben gezeigt und durch die mit der Erklärung zur öffentlichen Körperschaft notwendig verbundene Unterstellung unter die Staatsaufsicht dieselben funktionell in seine administrative Machtsphäre gezogen. In diesem Sinne sind dann alle öffentlichen Körperschaften Träger mittelbarer Staatsverwaltung. Die von den öffentlichen Körperschaften wahrgenommenen Selbstverwaltungsaufgaben sind aber immer eigene [432]) und deshalb auch nur

---

430) Z. B. die Aufgaben der Wasser-, Deich-, Fischerei-, Jagdgenossenschaften. Hier handelte es sich ursprünglich immer um ausschließlich private Angelegenheiten.

431) Dieses Recht muß auch dem Staat zugestanden werden, solange er nicht unmittelbar in eine absolut staatsfreie Sphäre — in den durch die Grundrechte garantierten staatsfreien Bereich — eingreift, und wenn diese Expansion der öffentlichen Verwaltung dem öffentlichen Wohle dient.

432) Hier sind die Worte: „eigene Angelegenheiten" im technischen Sinne und nicht in einem historischen („ursprüngliche staatliche Angelegenheiten")

mittelbar staatliche. Ihre Verwaltungstätigkeit ist eine selbständige, eine körperschaftliche. Dafür ist ihnen die eigene Rechtsfähigkeit verliehen. Die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist deshalb innerhalb ihres Aufgabenbereichs gegenüber ihren Mitgliedern (und eventuell gegenüber Außenstehenden) selbständiger Träger öffentlicher Rechte. Ihre Aufgaben erfüllt sie im eigenen Namen und nicht im Namen des Staates. Ihre Beziehung zum Staat macht aber ihre Aufgaben zugleich zu mittelbaren Staatsaufgaben.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß von den Funktionen eines Personenverbandes nicht mit Sicherheit auf seine Rechtsstellung geschlossen werden kann. „Die Qualität der öffentlichen Körperschaft läßt sich nicht aus dem allgemeinen ‚Wesen' eines Verbandes folgern" [433]). Ein privatrechtlicher Verband kann deshalb nicht allein durch die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in die Rechtsstellung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft hineinwachsen. Die Praxis des Gesetzgebers der letzten 50 Jahre hat gezeigt, daß der Staat Verbände zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften erklärt hat, deren Aufgaben ursprünglich ausschließlich Privatangelegenheiten waren (und heute noch teilweise — auf den ersten Blick — als solche erscheinen) [434]). Der Gesetzgeber hat sich damit häufig das Recht genommen, Privatangelegenheiten zu Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung, und zwar der mittelbaren Staatsverwaltung zu erklären. Die Aufgaben dieser Verbände sind demnach erst mit deren Umbildung in öffentlich-rechtliche Körperschaften zum Gegenstand der öffentlichen Verwaltung geworden, wenn an ihrer Wahrnehmung möglicherweise auch schon früher ein öffentliches Interesse bestand.

Eine zuverlässige Abgrenzung läßt sich deshalb nur aus dem *Errichtungsakt* einer Körperschaft des öffentlichen Rechts entnehmen; denn erst durch diesen erlangt der Personenverband seinen Sonderstatus als öffentliche Körperschaft. Hier läßt sich auch eine klare *Grenzziehung* gegenüber den juristischen Personen des Privatrechts vornehmen. Danach sind Körperschaften des öffentlichen Rechts solche Personengesamtheiten, die vom Träger der staatlichen Organisationsgewalt (re-

---

oder einem wesensbezogenen („an sich staatliche Angelegenheiten") Sinne zu verstehen.

433) Forsthoff, S. 376.

434) Man denke z. B. an die öffentlich-rechtlichen Jagdgenossenschaften, an den St. Johannes-Verein für freiwillige Armenpflege, an die Zusammenlegungsverbände nach § 41 des Nds. Aufbaugesetzes vom 9. Mai 1949 (GVBl Nds., S. 107) und an den Orden der Träger der bayerischen Tapferkeitsmedaille.

gelmäßig ist dies der Gesetzgeber)[435] als solche deklariert sind[436]). Diese *Deklaration* gehört zum Wesen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft[437]). Sie hat regelmäßig derart zu erfolgen, daß in dem Gesetz, durch das die öffentliche Körperschaft selbst errichtet, oder der Gang der Errichtung vorgeschrieben wird, dieselbe als „Körperschaft des öffentlichen Rechts" ausdrücklich bezeichnet wird[438]).

Enthält die gesetzliche Regelung eine ausdrückliche Entscheidung nicht, so kann eine Deklaration eventuell mittelbar aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung (zwischen den Zeilen) gefunden werden. Hierbei ist aber größte Zurückhaltung geboten[439]). Die Frage, ob eine solche „Deklaration nach dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung" vorliegt, kann nur dann auftauchen, wenn dem betreffenden Verband weder die Verbandsform einer öffentlichen Körperschaft, noch die eines privatrechtlichen Vereins (AG, GmbH usw.) ausdrücklich beigelegt ist, sondern der Gesetzgeber sich damit begnügt hat, ihm lediglich eigene Rechtspersönlichkeit zu verleihen. In diesem Fall muß sich die Erklärung zur Körperschaft des öffentlichen Rechts daraus ergeben, daß dem betreffenden Verband eine mit anderen eindeutigen öffentlichen Körperschaften vergleichbare Stellung im Gesetzeswege beigelegt worden ist. Es muß sich hierbei um eine klar unterscheidbare Sonderstellung gegenüber den juristischen Personen des Privatrechts handeln. Eine solche stillschweigende Deklaration kann sich nur daraus ergeben, daß dem betreffenden Verband kraft Gesetzes einerseits hoheitliche Rechte verliehen und andererseits öffentlich-rechtliche Verpflichtungen gegenüber dem Staat auferlegt sind. Diese besonderen Rechte und Pflichten müssen die Körperschaft als Träger öffentlicher Verwaltung ausweisen. Was im einzelnen die Sonderstellung der Körperschaft des öffentlichen Rechts begründet, wird sich bei der speziellen

---

435) Weber, S. 82.

436) Weber, S. 81ff; Forsthoff, S. 375f; Waldecker, S. 29: „. . ., welche durch staatsrechtlichen Satz als solche anerkannt ist, die zu einem Glied des Staatsganzen, des Staatsorganismus, erklärt ist." Kleinrahm in JMBl NRhW 1949, S. 131, ist der Ansicht, daß sich öffentlich-rechtliche Körperschaften nicht unbedingt auf Grund eines Gesetzes, sondern auch kraft tatsächlicher Anerkennung bilden können.

437) Weber, S. 84.

438) Die ausdrückliche Beilegung einer privatrechtlichen (handelsrechtlichen) Verbandsform enthält die unanfechtbare staatliche Entscheidung, daß es sich nicht um eine öffentlich-rechtliche Körperschaft handelt, selbst wenn dem Verband gewisse hoheitliche Befugnisse zustehen; vgl. hierzu Weber, Seite 83.

439) Weber, S. 83f.

Untersuchung der hannoverschen Realgemeinden auf ihre Zugehörigkeit zu dem Kreis der Körperschaften des öffentlichen Rechts zeigen.

2. Die Realgemeinde mit Statut als Körperschaft des öffentlichen Rechts

Wenn man die so gewonnenen Erkenntnisse dazu verwendet, um die hannoverschen Realgemeinden, die mit einem Statut nach dem Realgemeindegesetz versehen sind, dem Kreis der Körperschaften des öffentlichen Rechts oder dem der juristischen Personen des Privatrechts zuzuordnen, so zeigt es sich zunächst, daß das Realgemeindegesetz die Realgemeinden *nicht ausdrücklich* zu Körperschaften des öffentlichen Rechts erklärt hat. Aus dem Realgemeindegesetz läßt sich nur entnehmen, daß sie über einen Mitgliederbestand verfügen. Dieser verbandsmäßige Charakter verbietet jedenfalls, die Realgemeinden als Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts anzusprechen. Wenn sie demnach überhaupt zu den rechtsfähigen Verwaltungseinheiten (zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts) zählen sollen, so ist wegen ihrer inneren Struktur nur eine Zuordnung zu den öffentlichen Körperschaften möglich.

Um eine Deklaration der Realgemeinden zu Körperschaften des öffentlichen Rechts *mittelbar* im Realgemeindegesetz finden zu können, muß man die einzelnen Bestimmungen daraufhin prüfen, ob die Realgemeinden mit einem Statut Sonderrechte und Sonderpflichten öffentlich-rechtlicher Art erhalten haben, die den juristischen Personen des Privatrechts fehlen, für öffentliche Körperschaften aber charakteristisch sind.

Die Bestimmungen über die *Statutserrichtung* (§§ 3, 4, 5, 7 a. a. O.), nach denen die Regelung der Verfassung der Realgemeinden unter staatlicher Leitung und Kontrolle erfolgt und notfalls sogar von Amts wegen gegen den Widerspruch der Beteiligten vorgenommen werden kann, zeigen Parallelen zu der Regelung des Wasserverbandsrechts [440]) [441]). Die Wasser- und Bodenverbände sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Deklaration Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 1 der 1. WVVO). Für die Wassergenossenschaften ist aber das Zustandekommen der Satzung insofern umgekehrt wie bei den Realgemeinden geregelt, als hier die Gründungsbehörde (§ 169) bzw. die

440) 1. Verordnung über Wasser- und Bodenverbände (1. WVVO) vom 3. September 1937 (RGBl I, S. 933), §§ 151 Abs. 2, 145 ff, 152 ff.

441) Bedeutsam ist jedoch, daß die Realgemeinde nicht erst durch die Statutsverleihung entsteht, wie das bei den Wassergenossenschaften regelmäßig der Fall ist.

Aufsichtsbehörde (§§ 151 Abs. 2, 149) die Satzung erläßt und die Mitglieder lediglich ein Mitwirkungsrecht oder besser ein Anhörungsrecht (§§ 162, 145 Satz 3) haben, während die Realgemeindemitglieder das Statut grundsätzlich selbst beschließen und die staatlichen Behörden dieses lediglich genehmigen. Wenn auch das staatliche Mitwirkungsrecht bei der Statutserrichtung von Realgemeinden recht stark ist, so ist die Initiative zum Erlaß einer Satzung und die Bestimmung über deren Inhalt im Regelfall den Realgemeindemitgliedern überlassen. Hier liegt aber ein entscheidender Unterschied zur Regelung im Wasserverbandsrecht. Dagegen ist auch bei der Gründung und Satzungsänderung juristischer Personen des Privatrechts eine staatliche Mitwirkung erforderlich (vgl. z. B. §§ 21, 22, 33, 55, 61 ff, 71 BGB) [442]), die der Dispositionsfreiheit der Mitglieder weitgehend freien Spielraum läßt.

Das Realgemeindegesetz sieht aber außer einer schlichten Mitwirkung der Beschlußbehörden noch die Möglichkeit vor, im Einzelfall Realgemeinden auch gegen den Willen ihrer Mitglieder ein Statut zu geben (§§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 2 RGGes). Aber auch diese Erscheinung ist bei den privatrechtlichen juristischen Personen nicht unbekannt. Bei einigen, von Weber [443]) als rechtsfähige Organisationen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht bezeichneten juristischen Personen ist diese starke staatliche Gestaltungsmöglichkeit auch vorhanden gewesen. Bei den Zwangskartellen gab es einen Zwangsanschluß und -zusammenschluß, ohne daß diese deshalb zu Körperschaften des öffentlichen Rechts gestempelt worden sind [444]). Aus alledem läßt sich nur folgern, daß sich aus den Bestimmungen des Realgemeindegesetzes über die Errichtung des Statuts allein eine Deklaration zur öffentlichen Körperschaft nicht herleiten läßt.

Auch die Zulassung des *Verwaltungsstreitverfahrens* in den bebereits bezeichneten Fällen (§§ 5 Abs. 3, 7 Abs. 4, 8 Ziffer 5 RGGes) könnte auf eine stillschweigende Deklaration der Realgemeinden als öffentlich-rechtliche Körperschaften schließen lassen. Das Verwaltungsstreitverfahren ist nur für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten eröffnet. Streitigkeiten über die oder aus der Mitgliedschaft bei juristischen Personen des Privatrechts gehören vor die ordentlichen Gerichte. Wenn aber nach dem Realgemeindegesetz das Verwaltungsgericht zur Entscheidung über Streitigkeiten aus der Realgemeindemitgliedschaft oder aus

---

442) Hierzu eingehend Hatschek, S. 383.

443) Weber, S. 55 ff.

444) Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen vom 15. Juli 1933 (RGBl I, S. 488); Weber, S. 59 ff.

Handlungen des Realgemeindevorstandes zuständig ist, so spricht doch alles dafür, daß der Gesetzgeber diese streitigen Rechtsverhältnisse als solche des öffentlichen Rechts betrachtete. In den Fällen der§§ 5 Abs. 3, 7 Abs. 4 RGGes — nicht im Fall des § 8 Ziff. 5 RGGes — ist zwar das Verwaltungsstreitverfahren aus Zweckmäßigkeitsgründen zugelassen worden, weil die früheren Verwaltungsgerichte (Kreisausschuß) wegen ihrer Beteiligung bei der Statutserrichtung am besten mit den Realgemeindeangelegenheiten vertraut waren [445]). Doch waren diese Zweckmäßigkeitsgründe nicht allein ausschlaggebend für die Zulassung des Verwaltungsstreitverfahrens; denn in der Gesetzesbegründung [446]) heißt es ausdrücklich: „die bezüglichen Streitigkeiten betreffen Privatrechte, welche ihrem Ursprung nach auf öffentlich-rechtlichen Verhältnissen beruhen und *nach manchen Richtungen hin öffentlich-rechtliche Beziehungen haben.* Es wird daher an Stelle der Zulassung des ordentlichen Rechtsweges die Eröffnung des Verwaltungsstreitverfahrens für angemessen zu erachten sein". Wenn man sich weiter vergegenwärtigt, daß der preußische Gesetzgeber um die Jahrhundertwende mit der Zulassung des Verwaltungsstreitverfahrens doch sehr zurückhaltend war, so wird man im Falle der gesetzlichen Zulassung der Klage vor den Verwaltungsgerichten hieraus zumindest eine starke Vermutung dafür herleiten können, daß es sich um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten handelt und daß die zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtliche sind.

Die Deklaration zur Körperschaft des öffentlichen Rechts wird aber besonders deutlich in den Bestimmungen des § 8 RGGes. Ganz abgesehen von der Regelung der Staatsaufsicht über die Realgemeinden mit Statut [447]), ist hier eine Regelung getroffen worden, die bei juristischen Personen des Privatrechts schlechterdings nicht zu finden ist, andererseits aber zahlreiche Parallelen zu anderen eindeutigen öffentlichen Körperschaften aufweist.

Nach § 8 Ziffer 3 RGGes sind die den Genossenschaftsmitgliedern als solchen obliegenden Lasten den *gemeinen öffentlichen Lasten* gleichzuachten und können nach § 8 Ziffer 4 Abs. 2 RGGes vom Vor-

445) Stenographische Berichte 1888, Haus der Abgeordneten, Anlagen, 3. Band, S. 1846.

446) Stenographische Berichte 1888, Herrenhaus, Drucksachen, 2. Band, S. 126.

447) Eine Unterstellung gewisser juristischer Personen des Privatrechts unter Staatsaufsicht war zur Zeit des Erlasses des Realgemeindegesetzes noch nicht üblich. Diese Praxis hat sich erst im Laufe des 20. Jahrhunderts herausgebildet. Vgl. bes. oben S. 103, Anm. 414. Die Staatsaufsicht über die Realgemeinden wird im letzten Teil der Arbeit geschlossen dargestellt.

stand „nach Maßgabe des 5. Titels (§§ 132, 135) des Gesetzes vom 30. Juli 1883 über die allgemeine Landesverwaltung durch Anwendung der dem Gemeinde-(Guts-)Vorsteher zustehenden Zwangsmitteln durchgesetzt werden". Der Gesetzgeber hat demnach dem Realgemeindevorstand zur Durchsetzung der den Genossen nach dem Statut obliegenden Diensten und Leistungen die gleichen Hoheitsbefugnisse verliehen, wie dem Gemeindevorsteher bei „Ausübung obrigkeitlicher Gewalt". Während die Zwangsbefugnisse des § 132 LVG dem Gemeindevorsteher nur zur Durchsetzung von Anordnungen zustehen, die in Ausübung der Staatshoheit in der allgemeinen Landesverwaltung getroffen worden sind[448]), ist dem Realgemeindevorstand diese Befugnis zur Erzwingung von Realgemeindediensten gegeben. In ihrer Bedeutung sind demnach die Lasten der Realgemeindemitglieder noch über die rein kommunalen Lasten der Angehörigen einer politischen Gemeinde gestellt worden, da zur Durchsetzung der letzteren § 132 LVG nicht galt[449]). Andererseits sind aber damit dem Realgemeindevorstand hoheitliche Befugnisse zugesprochen, die kein Vorstand einer juristischen Person des Privatrechts hat. Welcher Vereinsvorstand kann Ersatzvornahme, Zwangsgeld und Anwendung unmittelbaren Zwanges (und früher gar Haftstrafen) anordnen? Mit der Verleihung dieser Rechte hat der Staat sein besonderes Interesse an einem reibungslosen Ablauf der Bewirtschaftung des Realgemeindegrundbesitzes gezeigt. Zur reibungslosen Bewirtschaftung war — früher mehr noch als heute — eine tätige Mithilfe der Mitglieder der Realgemeinde erforderlich[450]). Um diese erzwingen zu können, wurden dem Vorstand diese Machtmittel „obrigkeitlicher Verwaltung" in die Hand gegeben.

Zugleich lassen sich aber auch von diesem Zwangsdurchsetzungsrecht des Realgemeindevorstandes Rückschlüsse auf die Rechtsnatur der Verpflichtungen der Genossen zu den ihnen obliegenden Lasten ziehen. Das Gesetz achtet sie den gemeinen öffentlichen Lasten gleich, hat sie damit aber noch nicht positiv ihrer Rechtsnatur nach bestimmt. Nach dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung[451]) können sie nur als öffentlich-rechtliche Verpflichtungen angesehen werden, die sich als Ausfluß der Mitgliedschaft darstellen.

Ein Vergleich mit anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts zeigt, daß diese Zwangsbefugnisse des Vorstandes bei öffentlichen Körperschaften nicht selten sind. Nach §§ 99, 96 der 1. Wasserverband-

448) v. Brauchitsch, I. Band., § 132 LVG, Anm. 4.
449) OVG 73/118.
450) Man denke z. B. an die Arbeiten in Genossenschaftsforsten.
451) §§ 8 Ziff. 3, 8 Ziff. 4, Abs. 2, 8 Zifff. 5c RGGes.

verordnung kann der Verbandsvorsteher ebenfalls Ersatzvornahme, Anwendung unmittelbaren Zwanges und Zwangsgeld (nicht Zwangshaft) anordnen, wenn ein Mitglied seinen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nicht nachkommt[452]). Auch die Gemeinden haben ähnliche Befugnisse[453]).

Aus der Verweisung auf den 5. Titel des Landesverwaltungsgesetzes läßt sich somit schließen, daß die Angelegenheiten der Realgemeinden vom Gesetzgeber als solche der öffentlichen Verwaltung angesehen werden. Die Verleihung der Hoheitsrechte des § 8 Ziffer 4 Abs. 2 RGGes enthält eine gesetzliche Erklärung der Realgemeinden mit Statut zu öffentlichen Körperschaften.

Schließlich ergibt sich aber auch aus den *staatlichen Eingriffsrechten* in die Verwaltung der Realgemeinden nach §§ 8 Ziff. 1 Abs. 3, 8 Ziff. 6 RGGes[454]) eine Deklaration zur öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Rechtsgeschäftliche Übertragungen von Genossenschaftsvermögen und Kreditgeschäfte bedürfen hiernach der Bestätigung durch den Kreisausschuß. Außerdem kann die Aufsichtsbehörde die Zwangsetatisierung anordnen, wenn die Realgemeinde die ihr obliegenden Leistungen und Ausgaben zu bewilligen unterläßt oder verweigert. Solche Zwangsrechte des Staates gibt es nicht gegenüber juristischen Personen des Privatrechts. Sie sind nur aus der engen Beziehung von Staat und öffentlich-rechtlicher Körperschaft zu erklären. Andererseits sind bei Körperschaften des öffentlichen Rechts solche oder ähnliche Bestimmungen recht häufig[455]).

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß die Realgemeinden, die mit einem Statut nach dem Realgemeindegesetz versehen sind, *durch die Verleihung eines Sonderstatus* auf Grund der §§ 5 Abs. 3, 7 Abs. 4, 8 Ziff. 1 Abs. 1 und 3, Ziff. 3, Ziff. 4 Abs. 2, Ziff. 5, Ziff. 6 RGGes *zu Körperschaften des öffentlichen Rechts deklariert worden sind.* Die Realgemeinden haben durch diese Bestimmungen eine Rechtsstellung erlangt, wie sie bei juristischen Personen des Privatrechts nicht, wohl aber bei Körperschaften des öffentlichen Rechts zu finden ist.

---

452) Z. B. Verpflichtungen zum Schutze des Verbandsunternehmens.

453) Vgl. z. B. §§ 18 Abs. 1 Satz 2, rev. DGO; ferner § 29 Abs. 1 und 3 Pr. Waldschutzgesetz vom 6. Juli 1875 (GS., S. 416).

454) Abgesehen von der allgemeinen Anordnung der Staatsaufsicht nach § 8 Ziff. 1, Abs. 1.

455) Vgl. z. B. § 62 Abs. 2 rev. DGO; § 75 der 1. Wasserverbandsverordnung; § 47 Preuß. Fischereigesetz vom 11. Mai 1916 (GS., S. 55).

III. Die Realgemeinden ohne Statut nach dem Realgemeindegesetz als juristische Personen des Privatrechts

Vor der Einleitung des Statutserrichtungsverfahrens unterliegen die Realgemeinden nicht den Bestimmungen des Realgemeindegesetzes, insbesondere nicht dessen § 8. Die Rechtsstellung dieser Realgemeinden richtet sich also nach altem Herkommen. Dieses räumt ihnen jedoch nicht wie das Realgemeindegesetz besondere Rechte und Pflichten öffentlich-rechtlicher Art ein, so daß sie bis zur Statutsverleihung gegenüber den juristischen Personen des Privatrechts keinerlei Sonderstellung haben. Schon deshalb fehlt es an den Voraussetzungen dafür, diesen Realgemeinden etwa auf Grund eines Gewohnheitsrechts die Qualität von Körperschaften des öffentlichen Rechts zuzuerkennen. Zumindest seit Verlust ihrer kommunalen Aufgaben, d. h. mit der Bildung der politischen Gemeinden, haben sie keinerlei öffentlich-rechtliche Funktionen mehr. Im übrigen aber ist in der Verwaltungspraxis die Konstituierung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ausschließlich durch Gewohnheitsrecht unbekannt. Das würde auch dem Grundsatz widersprechen, daß öffentliche Körperschaften im Wege der Rechtsetzung durch staatliche Verleihung entstehen[456]).

Eine Deklaration der Realgemeinden ohne Statut läßt sich aus dem Realgemeindegesetz auch nicht mit der Begründung ableiten, daß alle Realgemeinden vor der Errichtung ihres Statuts wenigstens insofern unter staatlicher Kontrolle stehen, als der Kreistag darüber zu wachen hat, ob ein öffentliches Interesse an einer Statutsverleihung besteht (§§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 2 RGGes). Diese inhaltlich höchst begrenzte Aufsicht reicht nicht dafür aus, daß man von einer gesetzlichen Erklärung zur öffentlichen Körperschaft sprechen könnte. Der Begriff der Staatsaufsicht über Körperschaften des öffentlichen Rechts setzt sich aus einem Komplex von Aufsichtsrechten zusammen und erfaßt die Aufsichtsobjekte in der Gesamtheit ihrer Verwaltungstätigkeit[457]). Jene Aufsicht über die Realgemeinden ohne Statut richtet sich zwar auch gegen eine Tätigkeit dieser Realgemeinden, nämlich gegen die Unterlassung der Statutserrichtung aus eigener Initiative, doch ist sie in ihren

---

456) a. A. Kleinrahm in JMBl NRhW 1949, S. 131, der die Ansicht vertritt, daß sich öffentliche Körperschaften auch auf Grund tatsächlicher Anerkennung bilden können. Im Interesse der Rechtssicherheit ist diese Ansicht aber abzulehnen — vgl. im übrigen oben S. 108. Außerdem ist seit der Bildung der politischen Gemeinden eine „tatsächliche Anerkennung" der Realgemeinden ohne Statut als Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht erfolgt.

457) Hoffmann, S. 51 f.

Mitteln darauf beschränkt, Verfassungsfragen zu regeln. Damit ist diese Form der Beaufsichtigung der Realgemeinden ohne Statut auf die organisatorische Grundlage der Verwaltung, auf die Verfassung ausgerichtet und nicht, wie bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften, auch auf die Verwaltung selbst.

Zunächst befremdet das Ergebnis dieser Überlegungen, daß nämlich die Realgemeinden ohne ein Statut nach dem Realgemeindegesetz juristische Personen des Privatrechts sind, dagegen die gleichen Verbände (mit dem gleichen historischen Ursprung und Zweck) mit der Statutserrichtung öffentliche Körperschaften werden sollen. Dieser Eindruck wird noch dadurch verstärkt, daß auf Grund des Realgemeindegesetzes die Mitglieder grundsätzlich frei in der Errichtung eines Statuts und damit in der Entscheidung über die Beibehaltung ihrer privatrechtlichen Verbandsform oder über die Umbildung in eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sind [458]). Doch auch das ist eine bekannte, wenn auch nicht sehr häufige Erscheinung im Recht der öffentlich-rechtlichen Körperschaften. Es gab und gibt manche Personenverbände, denen es freisteht, sich zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zusammenzuschließen [459]).

Dadurch, daß das Realgemeindegesetz keine weiteren *materiellen* Voraussetzungen für die Umbildung einer Realgemeinde zu einer öffentlichen Körperschaft — neben den formellen von allen Realgemeinden zu erfüllenden Erfordernissen (der (Beantragung der Einleitung des Satzungsgebungsverfahrens und der Genehmigung des beschlossenen Statuts) — bestimmt, hat der Gesetzgeber generell die Verwaltung *aller* Realgemeinden zu Angelegenheiten von öffentlichem Verwaltungsinteresse erklärt. Der Staat hält also die Funktionen der Realgemeinden ohne Statut an sich für gleich wichtig wie die der Realgemeinden mit Statut. Anderenfalls könnte er nicht die Realgemeinden frei darüber entscheiden lassen, ob sie sich ein Statut geben wollen oder nicht, ob sie Körperschaften des öffentlichen Rechts werden wollen oder nicht. Im Realgemeindegesetz hat somit der Gesetzgeber materiell die Funktionen aller Realgemeinden ohne Unterschied, ob sie ein Statut nach dem Realgemeindegesetz erhalten haben oder nicht, zu Angelegenheiten der mittelbaren Staatsverwaltung erklärt. Eine Erklärung zur Körperschaft des öffentlichen Rechts hat er aber insofern nur bedingt abgegeben, als die Realgemeinden erst mit der Statutserrichtung ihre Sonderstellung erlangen, die sie zum Träger öffentlicher Verwaltung

458) Es sei denn, daß die Satzungsfestsetzung von Amts wegen erfolgt.

459) Z. B. § 207 Preuß. WasserGes. vom 7. April 1913; § 231 RVO vom 19. Juli 1911.

stempelt. Die konkrete, endgültige formelle Entscheidung über das rechtliche Schicksal der einzelnen Realgemeinde hat damit der Gesetzgeber anderen Instanzen vorbehalten, teils den Realgemeinden selbst, teils den Beschlußbehörden [460]).

Die konkrete Erklärung der einzelnen Realgemeinde zur Körperschaft des öffentlichen Rechts erfolgt durch die Auslösung der Rechtsfolgen nach dem Realgemeindegesetz. Die Realgemeinden erlangen ihre öffentlich-rechtliche Sonderstellung somit erst mit dem Zeitpunkt, in dem das Statut durch den Bezirksbeschlußausschuß rechtskräftig genehmigt oder festgestellt ist. Die Erteilung der Genehmigung durch den Bezirksbeschlußausschuß ist vom Gesetzgeber nur an die Erfüllung der formellen Erfordernisse der §§ 3, 4, 5, 7 RGGes und der notwendigen Voraussetzungen des Statuts nach § 6 RGGes geknüpft; im übrigen ist sie in das pflichtgemäße Ermessen des Bezirksbeschlußausschusses gestellt worden. Die genehmigende Behörde darf jedoch nicht ein Bedürfnis für die Umbildung der Realgemeinde in eine Körperschaft des öffentlichen Rechts prüfen. Das hat der Gesetzgeber schon generell als gegeben erachtet, wenn die Realgemeinde selbst die Genehmigung beantragt. Die Ermessensprüfung des Bezirksbeschlußausschusses darf sich deshalb lediglich auf die Beachtung der Verfahrensvorschriften und auf den Inhalt des Statuts erstrecken.

Bei der Einleitung eines Statutserrichtungsverfahrens von Amts wegen und bei der Feststellung eines Statuts ist den beteiligten Verwaltungsbehörden im Einzelfall die Nachprüfung der Zweckmäßigkeit der Umbildung einer Realgemeinde in eine Körperschaft des öffentlichen Rechts entzogen. Diese Entscheidung hat der Gesetzgeber vielmehr generell getroffen. Den Verwaltungsbehörden ist in diesem Falle lediglich die Entscheidung einer Vorfrage dieser Umbildung überlassen, nämlich, ob die Statutserrichtung im öffentlichen Interesse liegt. Bei

---

460) Viele Gesetze bestimmen nur das Gerüst für eine bestimmte Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts und überlassen die endgültige Errichtung dieser öffentlichen Körperschaften bzw. die Mitwirkung hierbei im Einzelfall den Verwaltungsbehörden. Vgl. z. B. §§ 152 ff der 1. Wasserverbandverordnung; §§ 31 ff Waldschutzgesetz. Entgegen der Ansicht von v. Verschuer in RVBl 1937, S. 962, und Schnoor, S. 40, ist mit Friesenhahn, S. 270; Jellinek, S. 186; Kempermann, S. 36; Rosin, S. 88 ff anzunehmen, daß es sich bei den Waldgenossenschaften aus den gleichen Gründen um öffentliche Körperschaften handelt, die auch bei den Realgemeinden eine gesetzliche Deklaration begründeten. v. Verschuer und Schnoor. a. a. O., leiten ihre Argumentation dafür, daß die Realgemeinden keine öffentlichen Körperschaften seien, daraus ab, daß die gleich ausgestalteten Waldgenossenschaften auch keine öffentlich-rechtlichen Körperschaften seien.

Vorliegen dieser Voraussetzung der Statutserrichtung sind aber die Verwaltungsbehörden verpflichtet, ein Statut festzustellen und damit eine Umbildung der Realgemeinde in eine öffentlich-rechtliche Körperschaft vorzunehmen.

Zusammenfassend läßt sich somit sagen, daß die Realgemeinden ohne Statut juristische Personen des Privatrechts, die Realgemeinden mit Statut Körperschaften des öffentlichen Rechts sind. Die Angelegenheiten aller Realgemeinden sind durch das Realgemeindegesetz generell zu Angelegenheiten des öffentlichen Verwaltungsinteresses erklärt worden. Die Entscheidung im Einzelfall über die Umbildung einer Realgemeinde von einer juristischen Person des Privatrechts zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts hat der Gesetzgeber in erster Linie den Realgemeinden selbst, beim Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der Statutserrichtung jedoch auch den Verwaltungsbehörden überlassen. Diese können aber niemals eine Prüfung darüber anstellen, ob die Umbildung einer Realgemeinde zu einer öffentlichen Körperschaft zweckmäßigerweise gerechtfertigt ist.

IV. Das innere Wesen der Realgemeinden

Mit der Feststellung, daß die Angelegenheiten der Realgemeinden grundsätzlich materiell als solche der öffentlichen Verwaltung deklariert sind, erhebt sich zugleich die Frage nach dem Motiv dieser Entscheidung. Die Aufgaben der Realgemeinden liegen in der gemeinschaftlichen Nutzung ihrer Allmenden, die vornehmlich Wald, seltener Weideland und nur ausnahmsweise Ackerland umfassen. Der Staat hat an der Verwaltung der Realgemeinden in doppelter Hinsicht ein Interesse. Es erstreckt sich einmal darauf, daß die Realgemeinden einen möglichst hohen Ertrag im Interesse der gesamten Volkswirtschaft abwerfen, ohne daß dabei aber die Nutzung für die Zukunft in Frage gestellt wird. Hier handelt es sich um ein Interesse der allgemeinen Landeskultur an bestmöglicher Nutzung und Erhaltung der Substanz des Grundbesitzes. Durch die Eingliederung der Realgemeinden, besonders der Forstgenossenschaften, in den Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung ist im Wege der Staatsaufsicht — besonders durch die Forst- und Finanzaufsicht — eine wirksame und nützliche Einflußnahme des Staates auf die Bewirtschaftung gesichert[461]).

Darüber hinaus liegt aber die Bedeutung der Realgemeinden für den Staat schon in ihrer Existenz schlechthin. Der Staat ist nämlich daran interessiert, daß die Realgemeindegrundstücke als Gemeinschafts-

461) Hierüber später S. 169 ff.

grundstücke fortbestehen [462]). Der Realgemeindegrundbesitz ist als solcher den Gemeinheitsteilungen nicht zum Opfer gefallen, weil er sich seiner Natur nach nicht zur Zersplitterung eignet. Aus wirtschaftspolitischen — insbesondere forst- und agrarpolitischen — Gesichtspunkten besteht ein staatliches Interesse an der Beibehaltung der gemeinschaftlichen Bewirtschaftungsform [463]). Hier liegt auch der tiefere Grund dafür, daß den Realgemeinden nach Statutserrichtung die privilegierte Stellung einer öffentlichen Körperschaft eingeräumt ist. Damit hat die Gemeinschaftsform der Realgemeinden eine größere Beständigkeit erlangt; denn jede Auflösung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft bedarf — genau so wie ihre Entstehung — der staatlichen Mitwirkung [464]). Deshalb muß man den Verwaltungsbehörden schon dann das Recht zusprechen, eine Statutserrichtung einzuleiten, wenn hierdurch eine Aufsplitterung des Grundeigentums der Realgemeinde verhindert werden soll. In diesem Fall besteht an der Statutserrichtung ein öffentliches Interesse insofern, als mit der Umbildung der Rechtsform der Realgemeinde entsprechend dem Ziel des Realgemeindegesetzes der Zweck verfolgt wird, daß die für diese Art Grundstücke (Wald, Heide, Moor usw.) allein rentable Wirtschaftsform der Gemeinschaftswirtschaft auf größeren Grundstückskomplexen beibehalten wird [465]). Seit dem Ende des 19. Jahrhunderts bietet die Gesetzgebung — insbesondere die Forstgesetzgebung — zahlreiche weitere Beispiele für die Hochschätzung der Gemeinschaftswirtschaft durch den Staat [466]), so daß in diesem Zusammenhang die Regelung des Realgemeindegesetzes gar keine Einzelerscheinung darstellt. Denn auch in diesen Gesetzen sind Wirtschaftsverbände im Interesse der allgemeinen Landeskultur zu Körperschaften des öffentlichen Rechts konstituiert worden.

---

462) Ähnlich bezeichnet v. Klitzing, S. 200, § 10 ff die Realgemeinde als „Verwaltungsgemeinschaften, deren Hauptzweck die Erhaltung der Substanz nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist, bei der die Fortentwicklung zum Erwerbszweck keine Rolle spielt".

463) Hillebrandt-Engels-Geith, S. 228.

464) Otto Mayer II, 2. Auflage, S. 631; Rosin, S. 145 f, besonders S. 146, Anm. 6.

465) Deshalb ist auch der Grundbesitz der uneingeschränkten Verfügungsmacht der Realgemeinden mit dem Statut entzogen (§ 8 Ziff. 1 Abs. 3 a RGGes).

466) Preuß. Waldschutzgesetz vom 6. Juli 1875; Preuß. Gesetz über die gemeinschaftlichen Holzungen vom 14. März 1881; §§ 16 ff, 54, 147 RUO vom 16. Juni 1937; Waldwirtschafts- und Forstverbandsverordnung vom 7. Mai 1943 — RGBl I, S. 298.

Außer den aufgezeigten Rentabilitätsgesichtspunkten rechtfertigt auch das öffentliche Interesse an einer boden- und wasserwirtschaftlich ausgewogenen Landnutzung die Konstituierung der Realgemeinden als öffentliche Körperschaften. Mit den Mitteln der allgemeinen Staatsaufsicht und besonders denen der Forstaufsicht gegenüber den Realgemeinden kann der Staat dieses Interesse sicherstellen.

Die Realgemeinden wird man deshalb ihrer Zweckbestimmung nach zu den „öffentlich-rechtlichen Körperschaften zur *Förderung der Landeskultur*“ [467]) im Sinne von Jess rechnen müssen. Die Aufgaben der Realgemeinden lassen sich mit denen der rheinischen Haubergsgenossenschaften [468]), der Waldwirtschaftsgenossenschaften [469]), der Forstverbände [470]), der Teilnehmergemeinschaften [471]) und der Bodenverbesserungsgenossenschaften [472]) vergleichen [473]). Der Daseinszweck aller dieser öffentlich-rechtlichen Körperschaften liegt in der Bewirtschaftung land- oder forstwirtschaftlichen Grundbesitzes und der Erhaltung der Bodenstruktur.

Von der Arbeit all dieser Verbände profitieren unmittelbar zwar nur die Mitglieder. Dem Staat kommt die Verwaltungsarbeit dieser Körperschaften aber mittelbar zugute, indem die Gesamtwirtschaft

---

467) Jeß, S. 89.

468) Haubergsordnung (HBO) für den Kreis Siegen vom 17. März 1879 (Preuß. GS., S. 228); HBO für den Dill- und Oberwesterwaldkreis vom 4. 6. 1887 (Pr. GS., S. 289) HBO für den Kreis Altenkirchen vom 9. April 1890 (Pr. GS., S. 55). Sämtliche Haubergsordnungen stimmen inhaltlich fast wörtlich überein. Sie verleihen den Haubergsgenossenschaften eine Rechtsstellung, wie sie nur öffentlich-rechtlichen Körperschaften zukommt. Deshalb ist es nahezu unbestritten, daß die Haubergsgenossenschaften Körperschaften des öffentlichen Rechts sind. Vgl. Delius, S. 90; Friesenhahn, S. 271; Westermann, S. 232f; OVG 57, S. 167; OVG in Pr. VBl 35, S. 910; Rhld.-Pfl. VGH in Verw. Rechtspr. 3, S. 141.

469) § 23 des Preuß. Waldschutzgesetzes und nach § 3 der Verordnung über die Bildung wirtschaftlicher Zusammenschlüsse in der Forstwirtschaft.

470) § 1 der Verordnung über die Bildung von Forstverbänden vom 7. Mai 1943.

471) § 147 und §§ 17f RUO; vgl. auch Rohmüller, Die Rechtsnatur der Teilnehmergemeinschaften gemäß § 17 RUO, Diss., Göttingen 1952, S. 88ff.

472) Preuß. Ges. vom 5. Mai 1920 (Pr. GS., S. 351).

473) In einem weiteren Sinne ist auch ein Vergleich möglich mit den Wasser-, Deichgenossenschaften, Wiesenverbänden (Siegerländer Wiesenordnung vom 28. Oktober 1846 [Pr. GS., S. 485]) Jagd- und Fischereigenossenschaften. Hier tritt weniger der Rentabilitätsgesichtspunkt als der der Erhaltung der allgemeinen Bodenstruktur in den Vordergrund.

dadurch gefördert wird. Das natürliche Interesse der Mitglieder an der Sicherung und Förderung des Ertrages an land- bzw. forstwirtschaftlichen Erzeugnissen hat sich der Staat zunutze gemacht, indem er die Interessenten zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zusammengeschlossen und meist mit Hoheitsrechten ausgestattet hat. Durch diesen Zusammenschluß sichert der Staat dem einzelnen wirksamere Förderung seiner Interessen, weil durch die Gesamtheit der Interessenten (Mitglieder) leichter und rentabler gewirtschaftet werden kann. Zugleich fördert der Staat damit seine eigenen landeskulturlichen Interessen. Hieraus ergibt sich eine *eigenartige Interessenlage.*

Das soll am Beispiel der Realgemeinden aufgezeigt werden. Der konkrete Ertragsgenuß aus der Bewirtschaftung der Realgemeindegrundstücke liegt ausschließlich bei den Realgemeindemitgliedern. Nur sie nutzen die Gemeinheit. Da sich diese Nutzung aber im Rahmen des volkswirtschaftlichen Gesamtprozesses vollzieht, und die aus der Allmende gezogenen Produktionsgüter ihrer Substanz nach (nicht in ihrem Wert) der Allgemeinheit zugute kommen, steht hinter dem unmittelbaren (Vermögens-)Interesse der Mitglieder das Allgemeininteresse (öffentliche Interesse) an der Erfüllung des Daseinszwecks der Realgemeinde [474]). Die Förderung, Erhaltung und Sicherung der land- und forstwirtschaftlichen Erzeugung schafft auch für die Allgemeinheit die Lebensgrundlage [475]). Die Erfüllung des Genossenschaftszwecks der Realgemeinde — nämlich die gemeinschaftliche Bewirtschaftung der Realgemeindegrundstücke — liegt somit im Interesse des Staates ebenso wie in dem der Mitglieder.

Das daneben bestehende besondere staatliche Interesse an einer boden- und wasserwirtschaftlich ausgewogenen Landnutzung — von überörtlicher Ebene aus gesehen — und an der Erhaltung und Verbesserung der allgemeinen Bodenstruktur braucht sich nicht mit dem Interesse der Realgemeindemitglieder zu decken. In einem solchen Kollisionsfall hat die Staatsaufsicht eine ihrer Aufgaben.

Im Realgemeindegesetz hat der Gesetzgeber das natürliche Interesse der Realgemeindemitglieder an der bestmöglichen Nutzung der Allmende

---

474) „Pflege der Landeskultur ist Sache des Staates und somit öffentliche Aufgabe." Jeß, S. 92.

475) Das staatliche Interesse richtet sich besonders auf eine nachhaltige Förderung, die eventuell erst in späteren Generationen ihre Früchte trägt (v. Verschuer in RVBl 1937, S. 200). Der Staat hat dafür Sorge zu tragen, daß auch in Zukunft seinen Bürgern diese Lebensgrundlage erhalten bleibt.

mit dem öffentlichen Interesse identifiziert[476]). Das ergibt sich daraus, daß er den Realgemeindemitgliedern grundsätzlich freie Hand bei der Bewirtschaftung ihres Grundbesitzes gelassen hat[477]). Wenn der Staat ein dem natürlichen Privatinteresse der Mitglieder entgegenstehendes Interesse bei der Verwaltung des Realgemeindegrundbesitzes hätte beachtet wissen wollen, so hätte der Gesetzgeber die Bewirtschaftung stärker reglementieren müssen und nicht die Mitglieder nach ihrem Gutdünken die Verwaltung vornehmen lassen dürfen. Bei geregeltem Gang der Verwaltung der Realgemeindegrundstücke deckt sich regelmäßig auch das tatsächliche Interesse des Staates mit dem in der Verwaltung geäußerten Interesse der Mitglieder. Nur bei schlechter Bewirtschaftung wird sich eine Kollision der Interessen des Staates und der Realgemeinde ergeben können. Hier aber kann der Staat sein Interesse[478]) mit den Mitteln der Staatsaufsicht durchsetzen.

Ihrer Organisationsform nach bilden die Realgemeinden *öffentlich-rechtliche Genossenschaften*[479]), wie sich auch schon aus § 1 RGGes ergibt[480]). Sie sind Verbände mit reiner Selbstverwaltung[481]). Die Realgemeindemitglieder wählen frei ihren Vorstand. Die Genossenschaftsversammlung nimmt selbst aktiv an der Verwaltung des Genossenschaftsvermögen teil (§ 6 Ziff. 9 und 10 RGGes). Die Realgemeinden sind im Unterschied etwa zu den „Leitungsverbänden"[482]) nicht lediglich „ein Instrument der Staatsverwaltung, über das diese nahezu unbeschränkt verfügen könnte".

---

476) Köttgen, Rechtsfähige Verwaltungseinheit, S. 63 f, stellt Einzelinteresse und Staatsinteresse in einen grundsätzlichen Gegensatz. Ein grundsätzlicher Widerstreit von Mitglieder- und Staatsinteresse ist jedoch nicht anzuerkennen, da der Staat bei der Schaffung der öffentlichen Genossenschaften doch immer ein Privatinteresse der Mitglieder voraussetzen muß. Würde aber das Privatinteresse immer in einem grundsätzlichen Gegensatz zum staatlichen Interesse stehen, dürfte den öffentlichen Körperschaften niemals das Recht der Selbstverwaltung gegeben werden.

477) Zu beachten sind allerdings die starken Eingriffsrechte der Forstaufsichtsbehörden.

478) Soweit es einen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, oder ihm Sonderaufsichtsmittel zur Verfügung stehen.

479) Elleringmann, S. 55, Anm. 4.

480) § 1: „Genossenschaften, deren Mitglieder ...".

481) Selbstverwaltung ist hier im Sinne von Eigenverwaltung zu verstehen, nicht von Kommunalverwaltung. Vgl. Köttgen, Rechtsfähige Verwaltungseinheit, S. 63, Anm. 73; Friesenhahn, S. 280.

482) Köttgen, Rechtsfähige Verwaltungseinheit, S. 48 ff, 67.

Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß die Realgemeinden *keine Gebietskörperschaften* sind[483]). Seit der Bildung der politischen Gemeinden fehlt ihnen die Universalität ihrer Aufgaben und die *Gebietshoheit,* die wesentliche Voraussetzungen einer Gebietskörperschaft sind. Die Realgemeinden können lediglich im Hinblick auf die — wenigstens grundsätzliche — dingliche Bindung der Genossenschaftsmitgliedschaft an das Eigentum an einer „Ehehofstätte" zu den „dinglich bedingten Personenverbänden" gezählt werden[484]).

Eine solche dingliche Bindung der Mitgliedschaft findet sich vielfach bei Körperschaften des öffentlichen Rechts, wobei jedoch sonst das die Mitgliedschaft begründende dingliche Recht an solchem Grund und Boden besteht, der in der unmittelbaren Einflußsphäre der öffentlichen Körperschaften liegt[485]). Für die Realgemeinde ist jedoch die Hofstelle selbst nicht von Interesse. Nicht die Bewirtschaftung der die Mitgliedschaft vermittelnden Hofstelle ist die Aufgabe der Realgemeinde, sondern die gemeinschaftliche Nutzung der Realgemeindegrundstücke.

Nachdem das Wesen der Realgemeinden als Personenverbände zur Förderung der Landeskultur — und zwar vornehmlich der Forstwirtschaft — bestimmt worden ist, erhebt sich abschließend die *Frage,* ob die hannoverschen *Realgemeinden* auf Grund der Forstverbandsverordnung *in Forstverbände umzubilden sind.*

Nach § 19 der Verordnung über die Bildung von Forstverbänden vom 7. Mai 1943 (RGBl I, S. 298) sind nämlich „bestehende" den Forstverbänden „ähnliche Verbände" in solche umzugestalten. Für die hannoverschen Realgemeinden kommt eine solche Umgestaltung nicht in Betracht. Nach § 1 der Forstverbandsverordnung besteht der Zweck dieser Zusammenschlüsse in der Steigerung der Erzeugung von Holz und wirtschaftlichen Nebenerzeugnissen, in der Sicherung der Holzaufbringung für die deutsche Wirtschaft und in der Stärkung der wirtschaftlichen Kraft der Waldbesitzer. Die gleichen Gründe rechtfertigten bei den Realgemeinden allerdings die Umbildung der Forstgenossenschaften in öffentlich-rechtliche Körperschaften. Um aber bei den Realgemeinden von „ähnlichen Verbänden" wie den Forstverbänden sprechen zu können, genügt es nicht, daß nur eine Unterart der Realgemeinden — wenn auch die bei weitem bedeutendste — in ihren

483) So auch st. Rechtspr. z. B. BFH in BStBl 1952, III, S. 154.

484) Elleringmann, S. 55, Anm. 4.

485) Wassergenossenschaften, Waldschutz-, Waldwirtschaftsgenossenschaften, Forstverbände, Teilnehmergemeinschaften, Zusammenlegungsverbände nach § 41 des Nds. Aufbaugesetzes vom 9. Mai 1949 (GVBl Nds., S. 107).

Zwecken den Forstverbänden entspricht. Hierzu wäre vielmehr erforderlich, daß die gesamte Gattung der Realgemeinde den Forstverbänden ähnlich ist. Das kann man aber mit Rücksicht auf die Weide-, Moorgenossenschaften usw. nicht sagen [486]). Zudem besteht auch für eine Umbildung der Forstgenossenschaften in Forstverbände kein Bedürfnis, da das Recht der Realgemeinden die forstpolitischen Belange weitergehend sicherstellt als die Forstverbandsverordnung [487]), und da die Bindung der Mitglieder eines Forstverbandes wegen der Aufrechterhaltung ihres Privateigentums an dem beigesteuerten Waldbesitz [488]) eine schwächere ist als die der Realgemeindemitglieder.

V. Die Rechtsnatur der Realgemeindestatuten

Das Realgemeindestatut stellt sich seinem Inhalt nach als *Verfassung* einer juristischen Person dar. Es bildet die Grundordnung der Realgemeinde und enthält die Bestimmungen, nach denen sich das Körperschaftsleben abspielen soll. Es regelt die Rechtsverhältnisse der Realgemeindemitglieder und Organe zueinander und zur Realgemeinde. Die Satzung der Realgemeinde gibt Auskunft über die Form der genossenschaftlichen Willensbildung und grenzt weiterhin die Befugnisse der Realgemeindemitglieder und der Realgemeindeorgane ab. Das Statut befähigt die Realgemeinde zur reibungslosen Verwaltung ihrer Angelegenheiten. Es hat demnach seine Bedeutung für den internen Betrieb der Realgemeinde und richtet sich also unmittelbar an die Mitglieder und Organe der Realgemeinde und zwar ausschließlich an diese. Es zeitigt keine unmittelbaren Rechtswirkungen gegenüber Außenstehenden. Für Nichtmitglieder können aus der Satzung der Realgemeinde keine Rechte und Pflichten hergeleitet werden.

Seinem Wesen nach stellt das Realgemeindestatut abstrakte *Rechtsnormen* auf. Es ist „Bestandteil des objektiven Rechts“ [489]). Die Bestimmungen des Statuts ergänzen das Gesetz und das Gewohnheitsrecht. Sie ziehen in abstrakter Form die allgemeinen Grenzen der rechtlichen Befugnisse der Realgemeindemitglieder im Genossenschaftsleben. Das Realgemeindestatut liefert die Tatbestände, nach denen Rechte und Pflichten der Mitglieder begründet werden.

---

486) § 19 der Forstverbandsverordnung hat die Umgestaltung der Waldschutz- und Waldwirtschaftsgenossenschaften nach dem preußischen Waldschutzgesetz von 1870 im Auge.

487) Siehe unten S. 172 ff.

488) § 6 der Verordnung über die Bildung wirtschaftlicher Zusammenschlüsse in der Forstwirtschaft vom 7. Mai 1943 (RGBl I, S. 298).

489) OVG 78, S. 91 ff, 65, S. 123.

Die Ansicht, daß es sich bei den Satzungen von juristischen Personen um objektives Recht handelt, ist aber nicht unbestritten. Ein Teil des Schrifttums [490]) und das Reichsgericht [491]) sehen die Satzungen von juristischen Personen schlechthin als objektives Recht an. Eine annähernd gleich stark vertretene Gegenmeinung sieht in der Satzung grundsätzlich nur eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Mitglieder untereinander [492]). Richtig ist zunächst, daß eine rechtsausgestaltende Erklärung der Beteiligten eines Rechtsverhältnisses kein objektives Recht sein kann. Aber um eine solche rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen den Beteiligten eines Rechtsverhältnisses handelt es sich bei den Statuten der Realgemeinden nicht. Es darf nicht verkannt werden, daß die Statutserrichtung nicht erst die Realgemeinde ins Leben ruft, wie das sonst gewöhnlich bei Gründungsstatuten der Fall ist, sondern daß die Realgemeinden schon vor Erlaß der Satzung rechtsfähig sind. Deshalb sind auch die den Satzungsbeschluß herbeiführenden Erklärungen der Mitglieder keine rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen der Mitglieder untereinander, die erst die Mitglieder zu einem genossenschaftlichen Rechtsverhältnis zusammenschließen. Vielmehr ist der die Satzung hervorrufende Genossenschaftsbeschluß eine Erklärung der bereits bestehenden juristischen Person selbst. Er erreicht die Mitglieder von außen, nämlich von der Realgemeinde her, nicht aber verbindet er (erstmals) die Mitglieder untereinander [493]). Die selbständige Rechtspersönlichkeit „Realgemeinde" gibt ihren Willen gegenüber den einzelnen Mitgliedern als ebenfalls selbständigen Rechtspersonen kund. Diese Erklärung der juristischen Person „Realgemeinde" ist aber Bestandteil des objektiven Rechts [494]), da sie generelle Normen für den Ablauf des Genossenschaftslebens aufstellt.

Neben diesen abstrakten Bestimmungen enthält das Statut auch solche, die unmittelbar subjektive Rechte der einzelnen Mitglieder feststellen und nicht nur den Tatbestand festlegen, aus denen Rechte und Pflichten erwachsen können. Zu dem obligatorischen Inhalt eines Sta-

---

490) Oertmann, 3. Aufl., Allgem. Teil, Anm. 4, zu § 25; Hedemann, ArchBR 38, S. 132; Gierke, DPR I, S. 142ff; Lehmann, Allgem. Teil, S. 338.

491) RG 165, S. 143.

492) Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil, 14. Aufl., S. 426ff; v. Tuhr, I, 503; u. f. Körp. d. öff. Rechts O. Mayer, I, S. 86; vgl. auch ebenda S. 86, Anm. 11.

493) Ebenso RG 165, S. 143, in anderem Zusammenhang.

494) OVG 65, S. 123; 64, S. 575. OVG 78, S. 91, nimmt aus diesem Grunde an, daß das Realgemeindestatut in der Revisionsinstanz frei auszulegen ist.

tuts gehört auch „die Bezeichnung der Teilnahmerechte und des Umfangs derselben, so wie des den Mitgliedern zustehenden Stimmrechts" (§ 6 Ziff. 2 RGGes). Aus diesem Grunde wird dem Statut gewöhnlich ein Mitgliederverzeichnis als Anhang beigefügt, das bei Mitgliederwechsel durch den Vorstand berichtigt wird (§ 6 Ziff. 3 RGGes). Das Mitgliederverzeichnis ist Bestandteil der Satzung. Im allgemeinen hat dieses Mitgliederverzeichnis nur deklaratorische Kraft, da es nur die bestehende Mitgliedschaft feststellt; denn ein eventueller Mitgliederwechsel (durch Erbgang, Verkauf) vollzieht sich außerhalb des Mitgliederverzeichnisses. Jedoch in einem Fall hat die Eintragung im Mitgliederverzeichnis eine konstitutive Wirkung. Wenn nämlich bei Abfassung eines Statuts ein Nichtmitglied zu Unrecht in dem Mitgliederverzeichnis aufgeführt oder der Umfang des Teilnahme- oder Stimmrechts eines Mitglieds unrichtig festgelegt wurde und der Beschluß des Bezirksbeschlußausschusses nach § 7 Abs. 1, 2, 3 RGGes auf Grund des § 7 Abs. 4 RGGes unanfechtbar geworden ist, ist der fälschlich Eingetragene zum Realgemeindemitglied nach Maßgabe des Mitgliederverzeichnisses geworden[495]). Nach ungenutztem Ablauf der Ausschlußfrist des § 7 Abs. 4 RGGes hat das, was im Statut über die Teilnahmerechte niedergelegt ist, innerhalb der Realgemeinde als bindendes Recht zu gelten. Das folgt aus der Festsetzung der Klagefrist des § 7 Abs. 4 RGGes. Damit hat die Aufnahme im Mitgliederverzeichnis eine noch stärkere Wirkung als die Eintragung eines materiell Nichtberechtigten in das Grundbuch; denn nach Ablauf der Klagefrist ist eine „Berichtigung" des Mitgliederverzeichnisses ausgeschlossen. Mit der Statutserrichtung sollen klare Teilnahmeverhältnisse in der Realgemeinde herrschen.

C. Die Rechtsstellung der Mitglieder

I. Die Mitgliedschaft

Den Realgemeindemitgliedern stehen auf Grund ihrer Zugehörigkeit zur Realgemeinde eine ganze Anzahl von subjektiven Rechten zu, wie Stimmrecht, Teilnahmerecht an den Nutzungen, passives Wahlrecht für die Genossenschaftsämter usw. Daneben bestehen aber auch verschiedene Pflichten der Genossen, wie z. B. die Pflicht zur Leistung von Hand- und Spanndiensten oder die Pflicht nach § 8 Ziff. 4 Abs. 1 RGGes. Alle diese sich im einzelnen aus dem Statut ergebenden Rechte und Pflichten stellen das persönliche Rechtsverhältnis des Realgemeindemitglieds gegenüber der Realgemeinde dar. Da nun die Realgemeinde als juristische Person anzusprechen ist, muß man dem-

495) OVG 65, S. 123; 64, S. 575.

gemäß die Rechtsbeziehung zwischen Realgemeindemitglied und Realgemeinde als Mitgliedschaft bezeichnen. Diese ist der Sammelbegriff für die den Genossen als solchen treffenden Rechte und Pflichten.

Bei den mit einem Statut nach dem Realgemeindegesetz versehenen Realgemeinden handelt es sich um die Mitgliedschaft in einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Hier stellt sich also die Mitgliedschaft als ein *öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis* dar[496]). Damit handelt es sich bei Streitigkeiten um die Mitgliedschaft um solche des öffentlichen Rechts, über die nunmehr generell die Verwaltungsgerichte (§ 22 Abs. 1 der Verordnung 165) zu entscheiden haben, da sie nicht durch Gesetz den ordentlichen Gerichten oder einem anderen bestehenden Gericht zugewiesen sind[497]). Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 52 der Verordnung 165 kann demnach jetzt außer den im Realgemeindegesetz ausdrücklich zugelassenen Fällen auch eine Feststellungsklage auf Bestehen der Mitgliedschaft erhoben werden. Seit Einführung der Generalklausel im Verwaltungsstreitverfahren ist eine solche Klage insbesondere auch nach Übertragung des Realgemeindeanteils im Wege der Veräußerung oder Erbfolge zulässig.

Die Mitgliedschaft bei nicht mit einem Statut versehenen Realgemeinden bildet dagegen ein reines Privatrechtsverhältnis. Hier ist eine Klagemöglichkeit vor den Verwaltungsgerichten nicht gegeben, vielmehr steht der ordentliche Rechtsweg offen.

II. Das Teilnahmerecht

Den Kern der dem Realgemeindemitglied zustehenden Rechte bildet das Recht zur Teilnahme an den Nutzungen, die eigentliche *Realgemeindeberechtigung*. Die anderen Mitgliedschaftsrechte treten hinter diesem an Bedeutung zurück. In der Literatur werden häufig die an sich verschiedenen Begriffe Mitgliedschaft und Realgemeindeberechtigung synonym verwandt. Dem stehen auch solange keine Bedenken entgegen, als man sich des Unterschiedes bewußt bleibt. Fest steht jedenfalls, daß die Realgemeindeberechtigung nicht von der Mitgliedschaft losgelöst werden kann.

Von dem allgemeinen Nutzungsrecht (Realgemeindeberechtigung, Teilnahme- oder Anteilsrecht) am Realgemeindegrundvermögen ist wiederum der *konkrete Anspruch* auf den alljährlich neu festzusetzenden Anteil an den Genossenschaftsnutzungen zu unterscheiden. Während

496) Westermann, S. 230, Anm. 41: „Das Mitgliedschaftsverhältnis ist dann grundsätzlich ebenfalls öffentlich-rechtlich bestimmt, der privatrechtliche und individual-rechtliche Einschlag bleibt aber erhalten". So auch LVG Hannover, Urteil vom 14. November 1949 — A 500/48 —.

497) LVG Hannover, a. a. O.

jenes generelle Recht sich in einem Beteiligungsverhältnis ausdrückt[498]), ist dieser konkrete Anspruch (Bezugsrecht) auf eine bestimmte Menge der jeweiligen Gesamtnutzungen der Realgemeinde gerichtet. Das Beteiligungsverhältnis des einzelnen Genossen bildet die Berechnungsgrundlage für den Umfang des konkreten alljährlich neu entstehenden Bezugsrechts. Das allgemeine Teilnahmerecht stellt gleichzeitig eine Anwartschaft für den konkreten (in seinem Umfang alljährlich wechselnden) Anspruch dar. Letzterer entsteht erst durch die jährliche Festsetzung der Gesamtfruchtziehung.

Über die *Rechtsnatur der Realgemeindeberechtigung* sagt das Realgemeindegesetz unmittelbar nichts aus. Im Schrifttum herrscht Streit darüber, ob das Teilnahmerecht lediglich ein Mitgliedschaftsrecht[499]) oder ein dingliches Recht der Mitglieder an einer der Realgemeinde gehörenden Sache ist[500]), insbesondere, ob es sich hier um eine selbständige Gerechtigkeit handelt[501]). Einigkeit besteht jedoch insoweit, als die Realgemeindegrundstücke grundsätzlich — außer dem ganz seltenen Fall des § 1 Abs. 2 RGGes — als im Alleineigentum der Realgemeinde stehend betrachtet werden. Die Frage ist deshalb nur die, ob das Teilnahmerecht ein dingliches *Nutzungs*recht an diesem der Realgemeinde gehörenden Grundvermögen oder nur ein Mitgliedschaftsrecht ist[502]).

---

498) Allerdings nicht in Bruchteilen wie beim Miteigentum, sondern indirekt in der Relation von der Gesamtzahl der Berechtigungen zur Anzahl der Berechtigungen des einzelnen Mitglieds.

499) So Gierke, DPR I, S. 594, Anm. 17; S. 592, Anm. 6; Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 42 ff; Loeb-Caldenhof, S. 77ff; Spohr, Realgemeinde, S. 16; ders. in: Recht des Reichsnährstandes 1935, S. 660 ff; ders. in RVBl 1942, S. 133.

500) So noch Linckelmann-Fleck, 1. Aufl., S. 12 ff, 16; Kommissionsbericht in Stenographische Berichte 1888, Haus der Abgeordneten, Anlagen, 3. Band, Nr. 66, S. 1841; OLG Celle, Urteil vom 26. Juni 1906 — 3 U 155/105 — vom 12. Juli 1907 — 1 U 69/07 —, angeführt bei Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 43; sowie das bei Gierke, DPR I, S. 593, Anm. 16, angeführte Schrifttum.

501) So OLG Celle, Beschluß vom 3. Mai 1939 in Zeitschrift für Agrar- und Wasserrecht 1940, Band 25, S. 357 ff; Westermann, S. 226 ff.

502) In der Literatur wird hier meist von einem mitgliedschaftlichen Sonderrecht gesprochen (z. B. Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 42 ff), wohl weil diese Sonderrechte durch Genossenschaftsbeschluß nach dem — an sich anwendbaren (vgl. oben S. 93 f) — § 35 BGB nicht gegen den Willen der Berechtigten abgeändert werden dürfen. Sonderrechte sind aber schon ihrem Namen nach besondere Rechte eines Mitglieds und nicht notwendig allgemeine Rechte aller Mitglieder. Die Realgemeindeberechtigungen stehen

Die hier aufgeworfene Frage läßt sich für alle hannoverschen Realgemeinden nicht einheitlich beantworten. Die Entwicklung in den einzelnen Realgemeinden ist auf Grund der örtlich verschiedenen Rechtslage zu uneinheitlich gewesen[503]). Eine allgemeine Bestimmung der Rechtsnatur des Teilnahmerechts läßt sich deshalb nicht liefern. Im folgenden kann nur versucht werden, die Rechtsnatur der Realgemeindeberechtigungen zu bestimmen, wie sie sich bei den meisten Realgemeinden finden.

Der Ansicht, die die Realgemeindeberechtigungen als dingliche Nutzungsrechte betrachtet, steht zunächst das Bedenken entgegen, daß es sich bei den Realgemeinden um typisch deutsch-rechtliche Rechtsgebilde handelt, ein dingliches Nutzungsrecht aber dem germanischen Recht unbekannt war und seine Wurzel im römischen Recht hatte. Eine Verbindung dieser Rechtsinstitute erscheint deshalb von Gierke[504]) ausgeschlossen. Wie jedoch im historischen Teil der Arbeit gezeigt worden ist, ist die Entwicklung des Realgemeinderechts auch sonst nicht von Einflüssen des Römischen Rechts frei gewesen. Nur unter dem Einfluß des römischen Rechts konnte die Realgemeinde sich überhaupt zu einer juristischen Person entwickeln. Die im Laufe der Rechtsentwicklung sich durchsetzenden römisch-rechtlichen Einwirkungen können also nicht einfach rückgängig gemacht und ignoriert werden. Unsere gesamte Privatrechtsordnung besteht letztlich aus einer Synthese von römisch-rechtlichem und deutsch-rechtlichem Gedankengut.

Ebensowenig kann man einwenden, daß unserem gegenwärtigen Rechtssystem ein aus der Mitgliedschaft fließendes dingliches Recht unbekannt und in ihm begrifflich ausgeschlossen sei. Bei der Beurteitung der Rechtsverhältnisse der Realgemeinden muß man sich weitgehend von unseren gegenwärtigen Rechtsvorstellungen freimachen. Nach Art. 164 EGBGB ist das alte Recht bezüglich der Realgemeinden bestehen geblieben. Eine Einordnung in unser heutiges Rechtssystem ist somit nicht erfolgt. Deshalb ist es durchaus denkbar, daß die heutigen Rechtsvorstellungen in manchen Punkten mit dem Recht der Realgemeinden nicht im Einklang stehen.

---

ihrem Grunde nach jedoch allen Mitgliedern der Realgemeinde zu, wenn auch häufig nicht im gleichen Umfang. Von Sonderrechten zu sprechen ist deshalb jedenfalls unrichtig. Vgl. auch Gadow, in Gruch. Beitr. 66, S. 514ff; HRR 1929, Nr. 1558.

503) Vgl. OLG Celle in Zeitschr. für Agrar- und Wasserrecht, Bd. 25, 1940, S. 369.

504) Gierke, DPR I, S. 594, Anm. 17; Schnoor, S. 49.

Linckelmann-Fleck-Wiedemann[505]) wenden sich gegen die Annahme eines dinglichen Nutzungsrechts mit der Begründung, daß „bei Auffassung der Teilnahmerechte als dingliche Rechte an fremder Sache rechtsgrundsätzlich nicht nur die Verschlechterung des Teilnahmerechts selbst, sondern auch jede Veränderung in der Substanz und der Nutzung der Allmende von der ausdrücklichen Zustimmung der Berechtigten abhängig und jedes Korporationsleben ausgeschlossen wäre". So einleuchtend dieses Argument auf den ersten Blick erscheint, so wird hierbei doch verkannt, daß eine Substanzveränderung — beispielsweise der Verkauf einer Realgemeindeparzelle — durch die juristische Person „Realgemeinde" auf Grund eines Genossenschaftsbeschlusses[506]), also eines Beschlusses der dinglich Berechtigten vorgenommen wird. In diesem Beschluß liegt aber nicht nur die Verfügung über die der Realgemeinde selbst zustehenden Rechte (Eigentum), sondern auch über die betreffenden Rechte der Mitglieder, also auch über deren eventuelle dinglichen Nutzungsrechte. Wenn also ein solcher Genossenschaftsbeschluß mit der satzungsgemäßen Mehrheit gefaßt worden ist, so liegt hierin auch auf Grund der Satzung die Zustimmung oder die fingierte Zustimmung der dinglichen Nutzungsberechtigten, die dem Genossenschaftsbeschluß widersprochen haben; denn das ist eine Folge des mitgliedschaftlichen Zusammenschlusses der dinglichen Nutzungsberechtigten und ergibt sich aus dem für die rechtsfähigen Mitgliederverbände geltenden Grundsatz, daß die Minderheit sich der Mehrheit fügen muß. Diese Unterwerfung unter den Mehrheitswillen hat nicht nur Bedeutung für die unmittelbaren Rechte der juristischen Person, sondern auch für die aus der Mitgliedschaft resultierenden gemeinsamen Rechte der Mitglieder. Um solche handelt es sich aber bei den Nutzungsrechten der Genossen, selbst wenn sie dinglicher Natur sind[507]). Der genossenschaftliche Zusammenschluß der Realgemeindemitglieder besteht gerade im Hinblick auf die Nut-

505) Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 43.

506) Wenn dagegen die Satzung den Vorstand generell zu Grundstücksveräußerungen ermächtigt (ohne vorherigen Genossenschaftsbeschluß), so ist in dieser statutarischen Ermächtigung eine vorweggenommene Zustimmung zu allen Grundstücks-Rechtsgeschäften des Vorstandes zu erblicken, die dieser im Namen der Realgemeinde vornimmt. Diese antizipierte Zustimmung hat dann die gleichen Wirkungen wie ein Genossenschaftsbeschluß im Einzelfall.

507) A. A. wohl OLG Celle, Urteil vom 3. März 1900: „Die Nutzungsrechte sind dingliche Zubehörungen der Reihestellen selbst, nicht bloß (?) Ausfluß (!) eines, wenn auch durch den Besitz einer Reihestelle bedingten persönlichen Genossenrechts."

zungsrechte der Genossen. Deshalb ist auch der Einwand von Linckelmann-Fleck-Wiedemann nicht stichhaltig[508]).

Die Formulierung in § 1 RGGes: „Genossenschaften, deren Mitglieder *kraft ihrer Genossenschaftsangehörigkeit* zur Nutzung einer Gemeinheit berechtigt sind ..." weist deutlich darauf hin, daß der Gesetzgeber die Realgemeindeberechtigung als ein Mitgliedschaftsrecht betrachtet wissen wollte. In dem der Gesetzesberatung zugrunde gelegten Ausschußbericht[509]) wird jedoch ausgeführt, daß es sich bei den „Sonderrechten der einzelnen um dingliche Nutzungsrechte" handele. Dieser Widerspruch ist jedoch nur ein scheinbarer und ergibt sich nur aus der Besonderheit heutiger Rechtsvorstellungen. Die Realgemeindeberechtigungen können sehr wohl dingliche Nutzungsrechte darstellen und trotzdem aus der „Genossenschaftsangehörigkeit" resultieren. Diese dinglichen Nutzungsrechte wären dann eben eine Folge der Mitgliedschaft. Sie wären dann nur stärker als die sonstigen Mitgliedschaftsrechte, da sie nicht nur die Realgemeinde zur Gewährung der Fruchtziehung verpflichten, sondern darüber hinaus ein unmittelbares Recht des Mitglieds an dem Grundvermögen der Realgemeinde begründen[510]).

Vergegenwärtigt man sich noch einmal die deutsch-rechtliche Vorstellung vom Wesen des Realgemeindeanteils, so scheint allein diese Konstruktion mit der historischen Entwicklung des Markenwesens vereinbar. Im deutschen Recht kannte man weder beschränkte dingliche Rechte noch juristische Personen. Die Rechte der einzelnen Genossen an der Mark waren nicht Rechte an einem ihnen fremden Vermögen, sondern Ausfluß der ihnen insgesamt und damit jedem einzelnen zustehenden Gesamtberechtigung. Der einzelne Genosse hatte seinem Wesen nach eine Art „Untereigentum", da man keine beschränkten persönlichen Rechte kannte[511]). Dadurch, daß die Realgemeinde sich zur selbständigen Rechtsperson entwickelt hat, braucht diese unmittelbare Beziehung des Mitglieds zum Realgemeindevermögen nicht fortgefallen zu sein. Wohl ist das Grundvermögen der Realgemeinde nunmehr zu einem fremden Eigentum für den Genossen geworden. Als Ausgleich hat aber das Mitglied dafür ein unmittelbares dingliches Recht an diesem fremden Eigentum erlangt, nach heutigen Begriffen also ein dingliches Nutzungsrecht.

508) Erstaunlicherweise haben Linckelmann-Fleck-Wiedemann a. a. O. die gleichen Bedenken nicht, wenn sie die Realgemeindeberechtigung als selbständige Gerechtigkeiten ansehen.

509) Stenographische Berichte 1888, Haus der Abgeordneten, Anlagen, 3. Band, Nr. 166, S. 1841.

510) Und zugleich den Realkredit der Realgemeindemitglieder stärken.

511) Schnoor, S. 49.

In der Praxis der Gerichte ist diese Rechtsentwicklung insofern berücksichtigt worden, als bei den meisten Grundbuchämtern für die Realgemeindeberechtigungen selbständige Grundbuchblätter angelegt worden sind [512]). Die Gerichte haben in diesen Fällen die Realgemeindeberechtigungen als „selbständige Gerechtigkeiten" angesehen. Wenn Linckelmann-Fleck-Wiedemann [513]) einerseits die Ansicht vertreten, daß die Realgemeindeberechtigungen keine dinglichen Nutzungsrechte seien, andererseits aber, daß sie „unter keine andere Kategorie als diejenige der selbständigen Gerechtigkeit gebracht werden" könnten [514]), so liegt hierin eine contradictio in adjecto. Die selbständigen Gerechtigkeiten fallen unter die sogenannten grundstücksgleichen Rechte. Diese sind aber dingliche Rechte.

III. Die Übertragbarkeit der Realgemeindemitgliedschaft und Realgemeindeberechtigung

Voraussetzung dafür, daß die Realgemeindeberechtigungen selbständige Gerechtigkeiten sind, ist, daß sie frei übertragbar sind. Demnach wäre es nötig, daß es sich nicht um subjektiv-dingliche und auch nicht um an eine bestimmte Person geknüpfte Rechte handelt, daß die Gerechtigkeit also unabhängig von allen subjektiven Beziehungen eine selbständige Existenz für sich hat und von Dauer, veräußerlich und vererblich ist [515]).

Bevor die Frage der Veräußerlichkeit der Realgemeindeberechtigung untersucht werden kann, bedarf es noch einer Klarstellung. Im Schrifttum ist bisher keine scharfe Trennung zwischen der Realgemeindemitgliedschaft und dem Nutzungsrecht gemacht worden. Wie bereits gezeigt wurde, entspringt das — grundsätzlich dingliche — Nutzungsrecht aus der Mitgliedschaft. Beide bilden eine untrennbare Einheit. So ist es natürlich, daß dieses Nutzungsrecht nicht ohne die Mitgliedschaft übertragen werden kann [516]). Wenn eine Übertragung überhaupt zulässig ist, so erfaßt diese die Mitgliedschaft und damit auch gleichzeitig das dingliche Nutzungsrecht.

---

512) Vgl. hierzu die umfangreiche, dabei nicht einmal erschöpfende Zusammenstellung der Amtsgerichte, bei denen die Realgemeindeberechtigungen eigene Grundbuchblätter erhalten haben, in: Ztschr. für Agrar- und Wasserrecht, Band 25, 1940, S. 366 f.

513) Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 42 ff.

514) Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 45.

515) Güthe-Triebel, 2. Bd., 5. Aufl., Art. 22, Anm. 51; RG 57, Seite 32.

516) Das alljährlich neu entstehende Bezugsrecht ist dagegen von Fall zu Fall abtretbar.

Die Gerichte haben sich schon seit langem mit der Frage der Übertragbarkeit der Realgemeindemitgliedschaft beschäftigen müssen. Die Rechtsprechung hat hier einen bedeutungsvollen Wandel durchgemacht. Inzwischen hat sich eine gefestigte Meinung gebildet, der sich überwiegend auch das Schrifttum angeschlossen hat[517]). Es braucht deshalb diese Frage hier nur kurz behandelt zu werden.

Wie im historischen Teil der Arbeit bereits gezeigt worden ist, waren die Realgemeindeberechtigungen ursprünglich an den Besitz eines Reihehauses geknüpft. Nur die Inhaber einer berechtigten Hofstelle waren Mitglieder der Realgemeinde (Markgemeinde) und hatten so ein Nutzungsrecht an der Allmende. Das frühere Oberappellationsgericht wie auch das jetzige Oberlandesgericht in Celle hat deshalb auch mit Rücksicht auf diese historische Überlieferung zunächst starr an dem Grundsatz der Untrennbarkeit der Realgemeindeberechtigung vom Hofe festgehalten[518]). Nach und nach ließ dann die Rechtsprechung Ausnahmen von diesem starren Grundsatz der Untrennbarkeit zu[519]) und zwar in folgenden Fällen:

1. wenn die Realgemeindeberechtigung auf eine andere altberechtigte Hofstelle verlegt wurde;
2. wenn sie auf ein anderes Realgemeindemitglied oder
3. wenn sie auf die Realgemeinde selbst übertragen wurde.

Später ist dann der Grundsatz der Untrennbarkeit von Hof und Realgemeindeberechtigung noch weiter eingeschränkt worden, indem ein die selbständige Veräußerung zulassendes Gewohnheitsrecht gegebenenfalls anerkannt wurde[520]). Der Nachweis dieses örtlichen Gewohnheitsrechtes war allerdings schwer zu erbringen.

---

517) Vgl. Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 45; Molsen, S. 62ff; Loeb-Caldenhof, S. 79ff; Titje, S. 27ff; OLG Celle in Zeitschrift für Agrar- und Wasserrecht, Band 16, 1932, S. 340ff; Band 25, 1940, S. 357ff; Münchmeyer in Magazin für das Deutsche Recht der Gegenwart, 1882, 2. Band, S. 1ff. Für grundsätzliche Unveräußerlichkeit der Realgemeindeberechtigung sprechen sich aus: v. Klitzing, Pr. VBl 1924, Bd. 45, S. 200; Spohr, Realgemeinde, S. 21ff; ders., Recht des Reichsnährstandes, 1935, S. 660ff; ders., RVBl 1942, S. 133; ders., in JW 1934, S. 2199; Lange in JW 1933, S. 2376; Stegemann, Magazin für Deutsches Recht der Gegenwart, 1882, 2. Band, S. 69ff; ders., a. a. O., 1887, 7. Band, S. 229.

518) Vgl. die bei Linckelmann-Fleck, 1. Aufl., S. 11, 2. Aufl., S. 43; Spohr, S. 21, Gemeindeberechtigung, S. 56, angeführten Entscheidungen.

519) Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 43, bes. Anm. 7; Spohr, S. 22; Gemeindeberechtigung, S. 50ff.

520) Vgl. die bei Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 43, angeführten Entscheidungen.

In einem Urteil vom 8. Mai 1914[521]) brach das Oberlandesgericht in Celle mit seiner gesamten früheren Rechtsprechung und erklärte die Realgemeindeberechtigungen für frei veräußerlich. Zu dieser Auffassung kam das Oberlandesgericht auf Grund der veränderten tatsächlichen Verhältnisse der Realgemeinden in der Provinz Hannover und durch Anwendung der Rechtsgedanken des § 8 des Gesetzes über das Grundbuchwesen in der Provinz Hannover vom 28. Mai 1873 (GS., S. 253) i. V. m. § 1 des Gesetzes, betreffend das Höferecht in der Provinz Hannover, vom 2. Juni 1874 (GS., S. 186). Durch die genannten gesetzlichen Bestimmungen hätten alle Beschränkungen, welche die Bauern in der freien Verfügung über ihr Eigentum hinderten, beseitigt werden sollen, soweit sie dem bäuerlichen Recht angehörten[522]). Das Urteil führt dann weiter aus, daß aus diesem allgemeinen Rechtsgedanken heraus seit dem Erlaß der genannten Gesetze keine Bindung der Realgemeindeanteile an die Hofstelle mehr bestünde. Mit diesem Urteil hatte somit die Rechtsprechung wiederum einen einheitlichen Rechtsgrundsatz aufgestellt, nämlich den der freien Trennbarkeit der Realgemeindeanteile.

Gegen dieses Urteil, insbesondere gegen seine Begründung, haben sich manche Stimmen erhoben[523]). Bedenken bestehen vor allem auch deshalb, weil der hier aufgestellte Grundsatz wiederum zu starr ist, um allen Einzelfällen gerecht zu werden. Bei manchen Realgemeinden war die Bindung der Realgemeindeanteile wesensnotwendig und entsprach allein der im Volke wurzelnden Rechtsüberzeugung. Deshalb

---

521) 5 U 40/14 — abgedruckt bei Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 62 ff.

522) § 8 des Preuß. Ges. von 1873: „Die bestehenden Rechtsnormen, nach welchen die Teilung eines Bauernhofes, die Veräußerung einzelner Teile desselben, die Vereinigung eines Bauernhofes mit anderen Grundstücken, ingleichen die Rechtsnormen, nach welchen die Veräußerung und Teilung von Bürgergütern (auch geteilten Gleichschaftsgrundstücken in der Stadt Osnabrück) verboten oder an die Genehmigung einer Regiminal- oder Gerichtsbehörde gebunden sind, werden, soweit sie von dem sonst geltenden Recht abweichen, aufgehoben ...."

523) Spohr, Realgemeinde, S. 26 ff; ders., Recht des Reichsnährstandes, 1935, S. 660. Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 43 f, wenden sich nur gegen die Begründung, nicht gegen das Ergebnis. Es ist wohl auch richtig, daß unter „Teilen" eines Bauernhofes im Sinne des § 8 des Gesetzes von 1873 die Realgemeindeanteile nicht verstanden werden können, sondern lediglich Grundstücksteile. Darüber hinaus ist es sehr bedenklich, die Realgemeindeberechtigungen ausschließlich als Rechtsinstitute des bäuerlichen Rechts anzusprechen, da, wie bereits gezeigt wurde, Realgemeinden auch in Städten vorkommen.

hat auch das Oberlandesgericht in späterer Zeit diesen Grundsatz der freien Trennbarkeit dadurch durchbrochen, daß es ein entgegenstehendes, die feste Bindung der Realgemeindeanteile bestimmendes Gewohnheitsrecht zuließ [524]). In dem letzten grundlegenden Urteil in dieser Frage ist vom Oberlandesgericht in Celle [525]) abschließend die Ansicht vertreten worden, daß die Frage der Trennbarkeit der Realgemeindeberechtigung von Fall zu Fall zu entscheiden sei. Eine Untrennbarkeit der Realgemeindeberechtigung vom Hof wird hiernach angenommen:

1. wenn das Nutzungsrecht des Realgemeindemitglieds sich nach den Bedürfnissen seines Hofes bemißt [526]);
2. wenn die Realgemeindenutzung eine räumliche Beziehung des Berechtigten zur Allmende und dessen Eigentätigkeit (Torfstich, Plaggenhieb, Sammeln von Holz, Beweidung) voraussetzt;
3. wenn die Realgemeindeberechtigung mit einer den Berechtigten obliegenden gemeinen öffentlichen Last (z. B. Recht auf Sand- oder Kiesgewinnung zur Unterhaltung der Gemeindewege) verknüpft ist.

Dieser Ansicht ist im vollen Umfang zuzustimmen. Da die vom Oberlandesgericht angeführten drei Fälle der absoluten Untrennbarkeit sehr selten sein werden, bedeutet diese Auffassung im Grundsatz eine Anerkennung der Trennbarkeit der Realgemeindeanteile unter Berücksichtigung des Einzelfalles und eines etwa entgegenstehenden Gewohnheitsrechtes.

Grundsätzlich ist festzustellen, daß die Gründe für die strenge Bindung der Realgemeindeanteile durch die tatsächliche Entwicklung des Realgemeindewesens fortgefallen sind. Heutzutage ist ein Bauernhof auch ohne Realgemeindeanteil existenzfähig. Die Bindung des Realgemeindeanteils an die Hofstelle lag also ursprünglich im Wesen des Anteilsrechts begründet und war nicht von außen (durch eine entsprechende Rechtsbestimmung) an die Realgemeindeberechtigung herangetragen worden. Nachdem aber durch die Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse die Gründe dieser Bindung meistenteils fortgefallen sind, haben die Realgemeindeanteile insoweit auch ihr Wesen verändert und sind damit zu frei übertragbaren dinglichen Rechten geworden.

---

524) Vgl. Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 44, und die bei Loeb-Caldenhof, S. 96, Anm. 1, zitierten Urteile des OLG Celle.

525) Urteil vom 20. April 1931. Abgedruckt in Ztschr. für Agrar- und Wasserrecht, Band 16 (1932), S. 340 ff.

526) Solange hier das Einzelbedürfnis nicht auf ein Durchschnittsbedürfnis übergeleitet ist, ist das Realgemeindeanteilsrecht in seinem Umfang unbestimmt und im Falle der Abtretung auch unbestimmbar.

Soweit hiernach eine freie Übertragbarkeit besteht, müssen die Realgemeindenutzungsrechte als selbständige Gerechtigkeiten angesehen werden, sofern für sie ein besonderes Grundbuchblatt angelegt ist[527]). Die Anlegung eines besonderen Grundbuchblattes hat auf Antrag zu erfolgen (Art. 27, Abs. 2 AGGbO).

Solange dieser Antrag nicht gestellt[528]) und ein eigenes Grundbuchblatt nicht angelegt ist, sind die Realgemeindenutzungsrechte noch keine selbständigen Gerechtigkeiten. Diese noch nicht mit einem besonderen Grundbuchblatt versehenen übertragbaren Realgemeindenutzungsrechte stellen (landesrechtliche) dingliche Rechte eigener Art dar.

Soweit dagegen die Realgemeindenutzungsrechte auf Grund in ihrem Wesen begründeter Umstände nicht übertragbar sind, ist die Anlegung eines eigenen Grundbuchblattes nicht möglich. Lediglich für *selbständige* Gerechtigkeiten können eigene Grundbuchblätter angelegt werden. Unübertragbare dingliche Rechte können aber begrifflich schon keine selbständigen Gerechtigkeiten sein[529]). Diese unübertragbaren Realgemeindenutzungsrechte bilden deshalb subjektiv-dingliche Rechte eigener Art, die sich gemäß Art. 164 EGBGB außerhalb des numerus clausus der dinglichen Rechte des BGB erhalten haben.

Von Bedeutung ist noch die Frage, ob sich die Realgemeinden dadurch gegen eine Überfremdung ihrer Gemeinschaft schützen können, daß sie die Untrennbarkeit der Realgemeindeberechtigung vom Hof in ihrem Statut ausdrücklich festlegen. Das OLG Celle[530]) hat diese Frage dahin entschieden, daß durch die Aufnahme einer entsprechenden Statutsbestimmung die einmal eingetretene selbständige Übertragbarkeit der Teilnahmerechte nicht wieder aufgehoben werden könnte, da das Realgemeindegesetz zum Erlaß solcher Bestimmungen keine Ermächtigung erteilt habe. Es ist zweifellos richtig, daß das Realgemeindegesetz nicht ausdrücklich gestattet, statutarisch die Bindung der Realgemeindeberechtigung einzuführen[531]). Es fragt sich aber, ob die Realgemeindemitglieder nicht auch ohne eine solche Ermäch-

527) Art. 40 PrAGBGB; Beschluß des OLG Celle vom 3. Mai 1939 in Ztschr. für Agrar- und Wasserrecht, Band 25, 1940, S. 357 ff; Westermann, S. 226 ff.

528) Er kann auch heute noch gestellt werden. Westermann, S. 216 ff; OLG Celle a. a. O.

529) OLG Celle a. a. O.

530) Urteil vom 8. Mai 1914 und vom 5. November 1910, abgedruckt bei Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 44, Anm. 9.

531) In den Gesetzesberatungen wurde ein Antrag abgelehnt, wonach die Realgemeinden auch Bestimmungen über die Veräußerlichkeit der Mitglied-

tigung die selbständige Übertragbarkeit im Statut ausschließen können. Wenn auch eine solche Statutsbestimmung einen erheblichen Eingriff in die Rechte des einzelnen Genossen darstellen kann, wird man sie dennoch für zulässig erachten müssen [532]). Die Unterwerfung unter den Mehrheitswillen der Realgemeinde verlangt insoweit das Zurücktreten eines Einzelinteresses. „Die Veräußerungsbefugnis kann nicht als ein dem Mehrheitswillen entzogener Individualrechtseinschlag betrachtet werden" [533]). Eine ausdrückliche Ermächtigung durch den Gesetzgeber ist nicht erforderlich, da durch die Einführung der Bindung der Realgemeindeanteile nicht unmittelbar in die Rechtssphäre von Nichtmitgliedern eingegriffen wird, vielmehr diese Satzungsbestimmungen lediglich eine verbandsinterne Angelegenheit regeln. Diese Regelung wird aber dann auch durch die allgemeine Körperschaftsautonomie (Vereinsautonomie) gedeckt, sofern sie nur nicht im Widerspruch mit — stärkerem — objektivem Recht steht [534]). Ein ausdrücklicher Rechtssatz, der die Bindung verbietet, besteht nicht. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die freie Veräußerlichkeit der Realgemeindeberechtigung wurzeln nur in allgemeinen Rechtsgedanken und können deshalb nur dann eingreifen, wenn das Statut nichts Gegenteiliges bestimmt.

Eine andere, das Wesen der Realgemeindeanteile als selbständige Gerechtigkeiten nicht berührende Frage ist, wie weit sie nach dem *Höferecht* übertragbar sind [535]). Hier könnte es sich um eine gesetzliche — von außen herangetragene —, nicht im Wesen des Teilnahmerechts begründete Unübertragbarkeit handeln [536]).

---

schaft in das Statut hätten aufnehmen müssen. Stenographische Berichte 1888, Haus der Abgeordneten, 3. Band, S. 1845.

532) Westermann, S. 229 f; Spohr, Realgemeinde, S. 40 ff; Münchmeyer in Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, 1882, 2. Band, S. 59. A. A. Linckelmann-Fleck-Wiedemann, S. 44.

533) Westermann, a. a. O.

534) Vgl. O. Mayer, 2. Aufl. I, S. 87 ff; II, S. 628 f, der im übrigen auf dem Standpunkt steht, daß die autonomen Satzungen wesensnotwendig eine Außenwirkung herbeiführen müssen und nur auf Grund bes. gesetzl. Ermächtigung erlassen werden können. Bei dem Realgemeindestatut handelt es sich aber lediglich um eine mit dem Gründungsstatut eines privat-rechtlichen Vereins vergleichbare Satzung.

535) Vgl. zu dieser Frage in bezug auf das Erbhofrecht H. Tietje, Die Realgemeinden und die Realgemeindeberechtigungen vor und nach Inkrafttreten des Reichserbhofgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Frage der Übertragbarkeit in der Provinz Hannover, Diss. Göttingen 1937.

536) Das verkennt offenbar Spohr, RVBl 1942, Band 63, S. 133, wenn er schreibt, es bedeute eine „rechtliche Unmöglichkeit, daß ein Reiheanteil

Nach § 2b der Höfeordnung vom 24. April 1947 (Anlage B zur Verordnung Nr. 84 der brit. Mil.-Reg.) gehören als Bestandteile zum Hof: „Forstnutzungsrechte, sonstige dem Hof dienende Nutzungsrechte, Anteile an einer Waldgenossenschaft, Realgemeinde, Interessentenschaft und ähnliche dem Hof dienende Rechte, gleichviel, ob sie mit dem Eigentum am Hof verbunden sind, oder dem Eigentümer persönlich zustehen." Entgegen dieser Regelung im Höferecht können nach §§ 93 ff BGB nur körperliche Gegenstände Bestandteile sein. Lediglich subjektiv-dingliche Rechte werden nach § 96 BGB als Bestandteile des herrschenden Grundstücks fingiert. Andere Rechte können nach BGB weder Bestandteile noch Zubehör sein[537]). Demnach ist § 96 BGB durch § 2b der Höfeordnung insoweit teilweise erweitert worden, als auch die übertragbaren, also nicht subjektiv-dinglichen Realgemeindeberechtigungen Bestandteile bilden können, wenn sie einem Hof im Sinne der Höfeordnung zu dienen bestimmt sind. Daraus ergibt sich, daß alle nicht übertragbaren (subjektiv-dinglichen) Realgemeindeberechtigungen Bestandteil des herrschenden Grundstücks sind (§ 96 BGB). Darüber hinaus bilden alle Realgemeindeberechtigungen, ob übertragbar oder nicht übertragbar, *die einem Hof im Sinne der Höfeordnung zu dienen bestimmt sind*, nach § 2b Höfeordnung ebenfalls Bestandteile dieses Hofes[538]). Alle anderen Realgemeindeberechtigungen dagegen sind weder Bestandteile noch Zubehör eines Grundstücks.

Die Bestandteilseigenschaft ist für die Frage der Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Übertragung der Realgemeindeanteile nach dem Höferecht unerheblich. Nach Art. IV des KRGes Nr. 45 vom 20. Februar 1947 i. V. m. Art. III der Verordnung Nr. 84 der brit. Mil.-Reg. vom 20. Februar 1947 sind nur Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte über höferechtliche *Grundstücke* genehmigungspflichtig. Lediglich die Realgemeindeberechtigungen, für die ein eigenes Grundbuchblatt angelegt ist, und die deshalb selbständige Gerechtigkeiten darstellen, werden als grundstücksgleiche Rechte den Grundstücken gleichgeachtet. Für sie gelten die sich auf Grundstücke beziehenden

---

ein Zweierlei dar- und vorstellt, je nachdem, ob Erbhofrecht in Frage kommt oder nicht".

537) § 97 BGB setzt bewegliche Sachen als Zubehör voraus. Anders noch das alte preußische Höferecht für Hannover vom 2. Juni 1874 (Pr. GS, S. 186), wonach die Realgemeindeberechtigung als Zubehör der Hofstelle galt.

538) Mit den Folgen aus §§ 1120 BGB, 865 ZPO, 20, 148 ZVG usw. — Dabei sind dann die trennbaren Realgemeindeberechtigungen nicht wesentliche Bestandteile, die untrennbaren wesentliche Bestandteile (§ 93 BGB).

Vorschriften, also auch die des Kontrollratsgesetzes Nr. 45, wenn sie zu einem Hofe im Sinne des Höferechts gehören. Zu ihrer Übertragung ist deshalb eine Auflassung und die Genehmigung nach KRGes Nr. 45 erforderlich. Die an sich übertragbaren Realgemeindeberechtigungen, für die kein eigenes Grundbuchblatt angelegt ist, sind dagegen auch dann ohne Genehmigung übertragbar, wenn sie zu einem Hof im Sinne des Höferechts gehören [539]).

D. Die Rechtsstellung des Vorstandes, der Angestellten und Arbeiter der Realgemeinde

I. Der Vorstand in seiner öffentlich-rechtlichen Stellung

Der Realgemeindevorstand ist ein notwendiges Organ der Realgemeinde. Er setzt sich meistens aus mehreren Vorstandsmitgliedern und einem Vorsitzenden zusammen. Ein eingliedriger Vorstand ist seltener (z. B. § 6 Abs. 3 RGGes).

Die *Aufgabe* des Vorstandes ist die Verwaltung der Angelegenheiten der Realgemeinde (§ 6 Ziff. 9 RGGes), soweit nicht im Statut bestimmte Verwaltungsangelegenheiten der Beschlußfassung der Genossenschaftsversammlung vorbehalten sind (§ 6 Ziff. 10 RGGes). Der Realgemeindevorstand hat somit das Grundvermögen der Realgemeinde zu verwalten, d. h. dessen Bewirtschaftung (im weitesten Sinne) zu leiten. Zu diesem Zwecke tritt er namens der Realgemeinde sowohl im Rechtsverkehr gegenüber Dritten als auch gegenüber den Realgemeindemitgliedern, als auch gegenüber den Aufsichtsbehörden auf; denn er ist nach dem Statut i. V. m. § 6 Ziff. 4 RGGes zur Vertretung der Realgemeinde berechtigt und verpflichtet. Seine Tätigkeit liegt vornehmlich auf privat-wirtschaftlichem Gebiet, indem er die land- bzw. forstwirtschaftlichen Arbeiten an der Allmende leitet (Anstellen von Arbeitskräften und deren Anleitung und Beaufsichtigung, Ankauf von Bewirtschaftungsgegenständen usw.) und den Verkauf oder die Verteilung der Realgemeindeerzeugnisse vornimmt. Gegenüber den Mitgliedern der Realgemeinde stehen dem Vorstand noch besondere Befugnisse zu, die nur bedingt dem privatwirtschaftlichen Bereich zugerechnet werden können. Aus § 8 Ziff. 5 RGGes folgt mittelbar, daß er selbständige Entscheidungen treffen kann, die nur im Verwaltungsstreitverfahren anfechtbar und somit öffentlich-rechtlicher Natur sind. Der Realgemeindevorstand kann hiernach entscheiden über:

a) das Recht zur Teilnahme an den Nutzungen und Erträgen des Genossenschaftsvermögens,

539) Lange-Wulff, 3. Aufl., S. 441, Anm. 410.

b) das Stimmrecht in der Genossenschaftsversammlung,
c) die Heranziehung und Veranlagung zu den Genossenschaftsabgaben.

Zu den Verwaltungsaufgaben des Realgemeindevorstandes gegenüber den Mitgliedern zählt ferner noch die Anordnung der den Genossen als solchen treffenden Verpflichtungen im Einzelfall (§§ 8 Ziff. 3, 8 Ziff. 4 RGGes). Zur Durchsetzung dieser Anordnungen kann der Vorstand selbst Zwangsmittel anwenden. In dieser Beziehung hat der Realgemeindevorstand also hoheitliche (obrigkeitliche) Rechte. Festzustellen ist aber, daß er überwiegend privatwirtschaftliche Funktionen ausübt.

Die Vorstandsmitglieder erhalten regelmäßig kein Entgelt für ihre Arbeitsleistungen. Nur wenige Realgemeinden zahlen eine Aufwandsentschädigung an den Vorsitzenden des Vorstandes [540]) und an den Rechnungsführer [541]).

Die hannoverschen Realgemeinden [542]) haben *keine Dienstherrnfähigkeit;* das bedeutet: ihnen fehlt die Fähigkeit, Beamte (im staatsrechtlichen Sinne) zu haben. Deshalb sind weder die Vorstandsmitglieder als Ehrenbeamte anzusehen, noch können die von einer Realgemeinde gegen Entgelt eingestellten Personen von ihr in das Berufsbeamtenverhältnis berufen werden.

Nicht alle Körperschaften des öffentlichen Rechts sind dienstherrenfähig [543]). Eine allgemeine gesetzliche Grundlage dafür, wann eine Körperschaft dienstherrenfähig ist, fehlt [544]). Das Deutsche Beamtengesetz vom 26. Januar 1937 (RGBl I, S. 39) in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. Juni 1950 (BGBl, S. 279) enthält lediglich Bestimmungen über die Rechtsstellung der Beamten und über die Beamtenfähigkeit einer Amtsstelle (§ 148 DGB) [545]). Eine ausdrückliche

---

540) Vgl. z. B. § 9 Abs. 2 des Statuts der Realgemeinde Grone vom vom 28. Juli 1893.

541) § 7, Abs. 2 des Statuts der Realgemeinde Grone spricht von einer „Besoldung" des Rechnungsführers. Dieser gehört bei der Realgemeinde Grone nicht zum Vorstand und braucht nicht notwendig Realgemeindemitglied zu sein.

542) Im folgenden Teil der Arbeit werden nur noch die Realgemeinden mit Statut nach dem Realgemeindegesetz behandelt, da die nun zu erörternden Fragen für die (privatrechtlichen) Realgemeinden ohne Statut nicht problematisch werden. Zur Vereinfachung wird von nun an nur von „Realgemeinden" gesprochen, wenn auch das Gesagte lediglich für die Realgemeinden mit Statut gilt.

543) Weber, S. 22; Fischbach in ZAkDR 1937, S. 740ff; ders., DBG 1951, S. 1045.

544) Fischbach, DGB, a. a. O.

545) Eine einzelne Amtsstelle kann erst dann beamtenfähig sein, wenn die Körperschaft, zu der das Amt gehört, dienstherrenfähig ist.

Verleihung der Dienstherrenfähigkeit an die Realgemeinden ist nicht erfolgt. Deshalb kann jedoch die Dienstherrenfähigkeit den Realgemeinden noch nicht abgesprochen werden; denn im vergangenen Jahrhundert sind viele dienstherrenfähige öffentliche Körperschaften errichtet worden, ohne ausdrücklich für dienstherrenfähig erklärt worden zu sein [546]). Erst in neuerer Zeit hat der Gesetzgeber gelegentlich einzelnen öffentlich-rechtlichen Körperschaften die Dienstherrnfähigkeit ausdrücklich übertragen (vgl. z. B. § 110 der 1. WVVO) [547]).

Die Dienstherrenfähigkeit der Realgemeinden ist nach den allgemeinen beamtenrechtlichen Bestimmungen des Preuß. ALR zu beurteilen. Diese Bestimmungen sind auf Grund der Preußischen Verordnung, betreffend die allgemeine Regelung der Staatsdienerverhältnisse in den neu erworbenen Landesteilen, vom 23. September 1867 (GS., S. 1619) auch in der Provinz Hannover in Kraft gesetzt worden, obwohl hier im übrigen das ALR nicht galt. Nach § 69 Teil 2, Titel 10 ALR stehen die Beamten entweder im unmittelbaren Dienste des Staates (unmittelbare Staatsbeamte) oder im Dienste „gewisser demselben untergeordneter Kollegien, Korporationen und Gemeinen (mittelbare Staatsbeamte)".

Aus der Fassung des § 69 ergibt sich, daß nur „gewissen" und nicht allen öffentlichen Körperschaften („Korporationen") die Fähigkeit zukam, Beamte zu haben (Dienstherrenfähigkeit) und daß diese „gewissen Korporationen" weiterhin dem Staat *„untergeordnet"* sein mußten. Aus der Unterordnung der Korporationen unter den Staat konnte man den Begriff eines mittelbaren *Staats*beamten deshalb ableiten, weil zur Zeit des Erlasses des ALR eine echte Selbstverwaltung noch nicht bestand, vielmehr die Stellung der damaligen öffentlich-rechtlichen Körperschaften zum Staat die einer unselbständigen Staatsanstalt war. So nahm damals der Gemeindebeamte usw. eine — mittelbare — Organstellung auch dem Staate gegenüber ein, in dem er — wenn auch durch die Gemeinde — ausschließlich den Willen des Staates zur Ausführung brachte [548]). Heute kann man von einer Unterordnung der Körperschaften des öffentlichen Rechts unter den Staat in diesem Sinne nicht mehr sprechen, da seit der Einführung der echten Selbstverwaltung die öffentlichen Körperschaften nicht mehr dem

---

546) Vgl. die Zusammenstellung bei Illing-Kautz, 8. Aufl. I, S. 238 f, Anmerkung 3.

547) Weber, S. 22, sieht es als unbedingtes Erfordernis an, daß die Dienstherrnfähigkeit ausdrücklich übertragen sein muß. Das kann aber nur für die neueren öffentlich-rechtlichen Körperschaften gelten.

548) Helfritz, Grundzüge, S. 38, Anm. 1; Preuß, S. 138.

unbeschränkten Weisungsrecht des Staates unterstehen. Gleichwohl haben auch heute noch die Grundsätze des § 69 II 10 ALR und die Bezeichnung als mittelbarer Staatsbeamter ihre Bedeutung behalten. Die Unterordnung unter den Staat ist nur eine schwächere geworden; denn auch die Staatsaufsicht bedingt eine Unterordnung der öffentlichen Körperschaften unter den Staat. Diejenigen Organe einer Körperschaft, die unter Staatsaufsicht den staatlicherseits sanktionierten und geförderten Willen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zur Ausführung bringen, können auch deshalb insoweit „mittelbare" Organe des Staates sein [549]). Andererseits kann jedoch seit Einführung der Selbstverwaltung unter genereller Staatsaufsicht nicht mehr „die Unterordnung" unter den Staat eine Voraussetzung der Dienstherrnfähigkeit einer öffentlichen Körperschaft sein. Eine Unterordnung im Sinne des § 69 II 10 ALR gibt es nicht mehr, und eine „Unterordnung" unter die Staatsaufsicht ist *allen* Körperschaften des öffentlichen Rechts eigentümlich [550]).

§ 69 II 10 ALR sagt nicht im einzelnen, welche *„gewissen"* öffentlichen Körperschaften dienstherrnfähig sein sollen und welche nicht. Die Rechtsprechung und das Schrifttum haben versucht, die vom Gesetz doch offensichtlich gewollte Einschränkung des Kreises der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, denen die Dienstherrnfähigkeit zukommt, vorzunehmen. Das preuß. OVG hat es bei der Beurteilung der Dienstherrenfähigkeit auf die jeweiligen Aufgaben der öffentlichen Körperschaften und auf die gesetzlichen Möglichkeiten, diese zu erfüllen, abgestellt [551]). Hiernach soll Voraussetzung der Dienstherrenfähigkeit sein, daß die betreffenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften *„staatliche oder staatsnahe Aufgaben"* erfüllen [552]). Was im

549) Peters, S. 125.

550) Man kann auch nicht jeweils nach der Intensität der Staatsaufsicht, wie sie gesetzlich festgelegt ist, die Dienstherrnfähigkeit der einzelnen öffentlich-rechtlichen Körperschaft bestimmen, wie dies das preußische OVG angedeutet hat (OVG 16, S. 154; OVG 20, S. 38; OVG 24, S. 659). Der Inhalt und Umfang der allgemeinen Staatsaufsicht ist bei allen öffentlichen Körperschaften gleich. Deshalb könnte man eine Unterscheidung nur danach treffen, ob Sonderaufsichtsmittel gegenüber der einzelnen Körperschaft des öffentlichen Rechts statuiert sind oder nicht. Das würde aber zu sehr willkürlichen Ergebnissen führen.

551) „..., welche organisch in die Verfassung des Staates eingreifen, Zwecke zu erfüllen haben, die in direkter Beziehung zu den Aufgaben des Staates stehen, oder welche mit den sie vertretenden Organen sich als in die Verfassung des Staates eingreifende, staatlichen Aufgaben näher stehende Behörden darstellen." OVG 16, S. 154, v. Bitter, 1. Band, S. 190 ff.

552) Brand, S. 748 f.

einzelnen staatliche oder staatsnahe Aufgaben sind, ist Gegenstand einer umfangreichen Rechtsprechung geworden. So hat z. B. das preußische OVG staatsnahe Aufgaben angenommen und die Dienstherrenfähigkeit bejaht bei den Handwerkskammern [553]), den kaufmännischen Korporationen (Handelskammern) [554]) und den Deichgenossenschaften [555]), dagegen verneint bei den Knappschaftsberufsgenossenschaften [556]), den Invaliditäts- und Altersversicherungsanstalten [557]) und den preußischen Wassergenossenschaften [558]). Schon die aufgeführten Beispiele zeigen, daß die Rechtsprechung über die Frage nach der Natur der Körperschaftsaufgaben als staatliche bzw. staatsnahe Funktionen recht willkürlich war (z. B. unterschiedliche Behandlung von Deich- und Wassergenossenschaften!).

Aus den Grundgedanken dieser Rechtsprechung läßt sich für die hannoverschen Realgemeinden so viel entnehmen, daß ihre Aufgaben weder als staatliche noch als staatsnahe nach dem Sprachgebrauch des Preuß. OVG angesehen werden können, da sie nur mittelbar im öffentlichen Interesse liegen.

Wie bereits an anderer Stelle (oben S. 113 f) dargestellt worden ist, dient die Verwaltung der Realgemeinde zunächst und in erster Linie den Interessen der Genossen. Die Erträge aus der Bewirtschaftung der Allmende fließen den Realgemeindemitgliedern zu. Das staatliche Interesse an der Verwaltung der Realgemeindeangelegenheiten ist nur ein mittelbares. Es ist darauf gerichtet, daß die Bewirtschaftung zum Besten der Realgemeindemitglieder und im Interesse der allgemeinen Landeskultur durchgeführt wird. Die Wahrnehmung dieses staatlichen Interesses ist — unter Staatsaufsicht — weiter den Genossen überlassen. Vor dem Erlaß des Realgemeindegesetzes betätigte sich der Staat auf diesem Gebiet nicht wirtschaftsfördernd. Erst durch das Realgemeindegesetz machte der Gesetzgeber die Angelegenheiten der Realgemeinden zu mittelbar staatlichen. Es handelte sich somit weder ursprünglich um eine staatliche Aufgabe, noch ist es jetzt eine unmittelbar staatliche

553) OVG 64, S. 316.
554) OVG 16, S. 154.
555) OVG in PrVBl 23, S. 471.
556) OVG 20, S. 138.
557) OVG 24, S. 69.
558) OVG 18, S. 231; 64, S. 316; ebenso Lenhard-Reichau, S. 465. Dagegen bejahen die Dienstherrenfähigkeit bei den preuß. Wassergenossenschaften Bochalli, Preuß. Wassergesetz, S. 23; unklar Gierke, GenR I, S. 778; Holtz-Kreutz-Schlegelberger, 2. Band, 4. Aufl., S. 83; RG (mit Rücksicht auf die Amtshaftung) in PrVBl 8, S. 182; RG in Gruch.Beitr. 30, S. 990.

Aufgabe geworden. Dagegen erfüllt die Realgemeinde notwendigerweise wie alle öffentlichen Körperschaften staatsnahe Aufgaben im eigentlichen Sinne des Wortes (nicht im Sinne des Preuß. OVG — vgl. oben S. 142). Doch wenn man die Dienstherrnfähigkeit überhaupt nur bestimmten und nicht allen öffentlich-rechtlichen Körperschaften zusprechen will, muß man auch noch bei den „staatsnahen" Aufgaben differenzieren. Eine solche Differenzierung kann man aber nicht derart vornehmen, daß man nur die Aufgaben von den öffentlich-rechtlichen Körperschaften als staatsnah bezeichnet, die „der Wahrnehmung der Interessen der Volksgesamtheit" und nicht „eines gewissen Interessentenkreises" dienen[559]). Die öffentlichen Körperschaften fassen doch immer an den betreffenden Körperschaftszwecken unmittelbar Interessierte als ihre Mitglieder zusammen. Anders wäre eine fruchtbringende Mitarbeit der Mitglieder gar nicht zu erreichen[560]). Deshalb sollte man die Begriffe „staatliche" und „staatsnahe Aufgaben" besser vermeiden und sie durch *„überwiegend obrigkeitliche Aufgaben"* ersetzen. Hiermit hat man eine klare und zweckentsprechende Abgrenzungsmöglichkeit, wie sie auch § 148 DBG bei der Beurteilung der Beamtenfähigkeit gewählt hat. Nach § 148 des Deutschen Beamtengesetzes —, das für Niedersachsen hinsichtlich der unmittelbaren und mittelbaren Landesbeamten seine Geltung behalten hat, da bisher kein eigenes niedersächsisches Beamtengesetz eingeführt worden ist[561]) — kann eine Amtsstelle innerhalb des Verwaltungsapparates einer (dienstherrenfähigen) Körperschaft des öffentlichen Rechts nur dann beamtenfähig sein, wenn sie vornehmlich obrigkeitliche Aufgaben einschließt[562]). Als nicht obrigkeitliche Aufgabe ist in § 148 DBG ausdrücklich die Tätigkeit bezeichnet, „die sich ihrer Art nach von solchen des allgemeinen Wirtschaftslebens nicht unterscheidet". Diese gesetzlichen Erfordernisse der Beamtenfähigkeit einer Amtsstelle gelten entsprechend für die Dienstherrenfähigkeit; denn wenn schon die einzelnen Amtsstellen einer öffentlichen Körperschaft mangels dieser Voraussetzungen nicht mit Beamten besetzt werden können, kann erst recht eine Dienstherrenfähigkeit der betreffenden Körperschaft nicht in Betracht kommen. Wenn eine öffentliche Körperschaft dienstherrnfähig sein soll, muß doch mindestens die Möglichkeit bestehen, daß eine ihrer Amtsstellen beamtenfähig ist.

---

559) So Fischbach, in ZAkDR 1937 S. 741; Brand, S. 747; Andreas in RVBl 60, S. 124.

560) Friesenhahn, S. 262ff.

561) Fischbach, 1. Band, S. 169.

562) Fischbach, 2. Band, S. 1045, ders. in ZAkDR 1937, S. 740ff; Günther in DV 1938, S. 401ff; Andreas in RVBl 60, S. 122ff.

Die Beurteilung der Dienstherrenfähigkeit einer öffentlichen Körperschaft muß sich deshalb danach richten, ob die betreffende Körperschaft des öffentlichen Rechts zur Erfüllung ihrer wie auch immer gearteten Verwaltungsaufgaben weitgehend [563]) obrigkeitliche Befugnisse hat [564]). Bei der Anwendung dieser Erkenntnisse auf die Realgemeinden wird man nur zu dem Ergebnis kommen können, daß die Realgemeinden keine Dienstherrenfähigkeit haben. Die im Realgemeindegesetz normierten Hoheitsbefugnisse (§§ 8 Ziff. 3, 8 Ziff. 4) haben nur in bezug auf einen verhältnismäßig kleinen Teil der Verwaltungsaufgaben der Realgemeinden eine Bedeutung. Den bei weitem größten Teil ihrer Verwaltungsaufgaben erfüllen die Realgemeinden auf dem Boden des Privatrechts (§ 148 Abs. 1 Satz 2 DBG). Außerdem aber ist auch auf Grund der tatsächlichen Entwicklung des Realgemeindewesens das Bedürfnis für eine obrigkeitliche Stellung des Realgemeindevorstandes gegenüber den Realgemeindemitgliedern erheblich zurückgegangen; denn fast alle Realgemeinden sind dazu übergegangen, ihren Grundbesitz nicht mehr durch ihre Mitglieder unmittelbar, sondern durch eingestellte Land- und Forstarbeiter zu bewirtschaften. Damit ist regelmäßig auch die Verpflichtung der Mitglieder zu Hand- und Spanndiensten praktisch entfallen, deren Erzwingung also überflüssig. Somit kann man bei den Realgemeinden nicht von umfangreichen obrigkeitlichen Befugnissen sprechen.

Wenn die Realgemeinden mithin keine Dienstherrenfähigkeit haben, so folgt daraus einerseits, daß die Vorstandsmitglieder nicht „unter Berufung in das Beamtenverhältnis als Ehrenbeamte" nach § 149 DBG zu berufen sind, und andererseits, daß auch die hauptamtlich eingestellten fremden Arbeitskräfte der Realgemeinde nicht zu Berufsbeamten ernannt werden können. Auf die Prüfung der Beamtenfähigkeit der einzelnen Amtsstelle kommt es dann nicht mehr an.

II. Die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis des Realgemeindevorstandes und die Haftung der Realgemeinde für ihre Organe und Angestellten

Nach § 6 Ziff. 4 RGGes muß das Statut „Bestimmungen über die Bestellung eines zur *Vertretung* der Realgemeinde berechtigten und verpflichteten Vorstandes" enthalten. Bei Abschluß von Rechtsgeschäften durch den Vorstand im Namen der Realgemeinde wird die Realgemeinde unmittelbar berechtigt und verpflichtet (§ 164 BGB).

---

563) Brand, S. 747.

564) So indirekt auch Günther in DV 1938, S. 402; Fischbach in ZAkDR 1937, S. 740 ff.

Bei einem mehrgliedrigen Vorstand muß das Statut auch darüber bestimmen, ob jedes Vorstandsmitglied für sich allein Vertretungsmacht oder nur gemeinschaftlich mit einem oder allen anderen Vorstandsmitgliedern Gesamtvertretungsmacht hat. Diese Beschränkung der Vertretungsmacht im Statut wirkt sowohl der Realgemeinde wie auch Dritten gegenüber. Bei statutarisch angeordneter Gesamtvertretung kann dem anderen Vertragsteil entgegengehalten werden, daß das allein tätig gewordene Vorstandsmitglied nur gemeinschaftlich mit einem anderen Vorstandsmitglied zur Vertretung der Realgemeinde berechtigt war, und deshalb die von dem Vorstandsmitglied allein abgegebene Willenserklärung nicht für die Realgemeinde wirkt. Das ist ein Grundsatz, der im Recht der juristischen Person des öffentlichen Rechts allgemein gilt (vgl. z. B. § 50 der 1. WVVO; § 37 rev. DGO), und findet indirekt seine Stütze in § 6 Ziff. 4, 2. Halbsatz RGGes[565]).

Eine sachliche Begrenzung der Vertretungsmacht des Vorstandes auf Abschluß von Rechtsgeschäften, etwa nur bis zu einem bestimmten Geschäftswert, ist unzulässig. Der Rechtsverkehr muß sich darauf verlassen können, daß der Vorstand für alle Rechtsgeschäfte der Realgemeinde vertretungsberechtigt ist. Dennoch ist im allgemeinen eine Gefährdung der Interessen der Realgemeinde durch den Vorstand dadurch ausgeschlossen, daß zu allen wichtigen Rechtsgeschäften die Genehmigung des Kreisausschusses erforderlich ist (§ 8 Ziff. 1 Abs. 3 RGGes).

Andererseits ist es natürlich möglich, *die Geschäftsführungsbefugnis* des Vorstandes inhaltlich einzuschränken. Dann hat der Vorstand vor Abschluß eines Rechtsgeschäftes, das außerhalb seiner Geschäftsführungsbefugnis liegt, einen Beschluß der Genossenversammlung herbeizuführen oder die nachträgliche Genehmigung der Mitgliederversammlung einzuholen. Anderenfalls kann die durch den Vertragsabschluß verpflichtete und berechtigte Realgemeinde sich im Rückgriffswege an den Vorstand halten[566]). Diese Auffassung findet ihre Stütze in § 6 Ziff. 4 RGGes. Hier ist von einem schlechthin vertretungsberechtigten Vorstand (also mit Generalvertretungsmacht) die Rede. Eine sachliche Begrenzung der Vertretungsmacht ist im Gesetz nicht vorgesehen[567]). Insoweit unterscheidet sich diese Regelung von der der rev. DGO (§ 54 Abs. 3), entspricht aber der der Ersten Wasserverband-Verordnung (§ 50)[568]). Deshalb ist es auch für die Rechtswirksam-

565) § 6 Ziff. 4, 2. Halbsatz: „Bestimmungen ... über die Beschlußfassung desselben".

566) Vgl. hierzu Cohn, in Gruch. Beitr. 71, S. 338.

567) § 6 Nr. 10 RGGes betrifft nur das Innenverhältnis von Realgemeinde und Vorstand, also dessen Geschäftsführungsbefugnis.

568) Vgl. hierzu Bochalli, S. 85, und Landw. MBl 1938, S. 33, Nr. 40.

keit eines vom — in der Geschäftsführungsbefugnis beschränkten — Vorstand abgeschlossenen Vertrages nicht erforderlich, daß der entsprechende Beschluß der Genossenversammlung dem Vertrag beigefügt oder dort genannt wird [569]).

Im übrigen muß sich die Realgemeinde das Verhalten ihres Vorstandes gegenüber ihren Vertragspartnern, das zu Unmöglichkeit, Verzug und positiver Vertragsverletzung führt, nach § 278 BGB anrechnen lassen.

Im Recht der unerlaubten Handlung haftet nach §§ 89, 31 BGB die Realgemeinde als Körperschaft des öffentlichen Rechts für den Schaden, den der Vorstand, ein Vorstandsmitglied oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihnen zustehenden privatrechtlichen Verrichtungen begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat. Diese Bestimmungen des BGB sind nach Art. 164 EGBGB anwendbar, da insoweit keine speziellen, nur die Realgemeinden betreffenden älteren Vorschriften existieren [570]). Die Haftung der Realgemeinde nach §§ 89, 31 BGB bezieht sich jedoch nur auf *privatrechtliche Verrichtungen* ihrer Organe. Eine Exkulpierung entsprechend § 831 BGB ist nicht möglich.

Eine weitere Frage ist, ob die Realgemeinde für schuldhafte Schadenszufügung bei *hoheitlichem Handeln* nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 BGG haftet. Voraussetzung für die Haftung einer öffentlichen Körperschaft ist nach Art. 34 BGG, daß eine Person, die in ihrem (der Körperschaft) Dienst steht und in Ausübung der ihr anvertrauten öffentlichen Gewalt gehandelt hat, eine Verantwortlichkeit nach § 839 BGB treffen würde, wenn nicht auf Grund Art. 34 BGG an ihrer Stelle die öffentliche Körperschaft haftete. § 839 setzt aber voraus, daß ein Beamter die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt und dadurch diesem einen Schaden zugefügt hat. Der Beamtenbegriff des § 839 BGB hat bei hoheitlichem Handeln nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts im Amtshaftungsrecht durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts im Amtshaftungsrecht durch die Rechtsprechung zu Art. 131 WRV eine Ausweitung erfahren [571]). Unter Übernahme dieser Rechtsprechung spricht auch heute Art. 34 BGG nicht mehr von einem Beamten, sondern nur von „jemandem", dem die Ausübung eines öffentlichen Amtes anvertraut ist. Diese Aus-

569) Das war vor 1933 im Kommunalrecht mit Ratsbeschlüssen erforderlich. Vgl. Odenbreit, S. 34.

570) Vgl. oben S. 93 f.

571) RG 165, S. 99; RG 151, S. 386; RG 142, S. 190.

weitung des Beamtenbegriffs im Staatshaftungsrecht bewirkt indirekt eine Ausweitung des Beamtenbegriffs im Staatshaftungsrecht bewirkt indirekt eine Ausweitung des Beamtenbegriffs in § 839 BGB, da eine Haftung nach Art. 34 BGG (bzw. Art. 131 WRV) ja nur dann eintritt, wenn der Tatbestand des § 839 BGB — also auch der dortige Beamtenbegriff — gegeben ist. Eine Ausweitung des Beamtenbegriffs in Art. 34 BGG (bzw. Art. 131 WRV) wäre aber sinnlos, wenn in der Anspruchsvoraussetzung des § 839 BGB der engere Beamtenbegriff zu gelten hätte.

Der Herausbildung eines eigenen haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs lag die Erkenntnis zugrunde, daß sich der Staat und die öffentlichen Körperschaften immer mehr auch solcher Personen zur Wahrnehmung ihrer hoheitlichen Aufgaben bedienen, die keine Beamten im staatsrechtlichen Sinne sind. Sinn und Zweck der Amtshaftung ist, dem Staatsbürger einen erhöhten Schutz[572]) vor obrigkeitlichen Übergriffen zu sichern[573]). Dieser Schutz darf aber nicht von der beamtenrechtlichen Stellung desjenigen abhängen, der im Namen der Obrigkeit handelt. Ausschlaggebend darf nur sein, daß er grundsätzlich hoheitliche Aufgaben zu erfüllen hat, nicht aber die Art des Rechtsgrundes, auf Grund dessen er hoheitlich handelt. So ist allgemein anerkannt, daß nach Art. 34 BGG i. V. m. § 839 BGB der Staat oder die öffentliche Körperschaft auch für die nach privatrechtlichem Dienstvertrag angestellten Personen haften, sofern sie mit hoheitlicher Gewalt ausgestattet sind[574]).

Entsprechend diesen Grundsätzen wird man es auch bei den Realgemeinden nicht auf das Anstellungsverhältnis, sondern auf den *öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich* des Schädigers abstellen müssen, und zwar ausschließlich hierauf. Deshalb ist es für die Beamteneigenschaft des Realgemeindevorstandes im Amtshaftungsrecht unerheblich, daß der Vorstand nicht angestellt ist, sondern eine Organstellung kraft Wahl hat; denn in Fortführung der Rechtsprechung des Reichsgerichts muß

572) § 839 gewährt einen weitergehenden Schutz als § 823 BGB. Nach § 823 muß entweder ein geschütztes Rechtsgut (Abs. 1) oder ein Schutzges. (Abs. 2) verletzt worden sein. Nach § 839 BGB braucht lediglich eine einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt worden und daraus ein Schaden entstanden, damit also nicht notwendig ein Tatbestand des § 823 BGB (oder § 826 BGB) erfüllt zu sein.

573) Bei hoheitlichem Handeln kann eine Haftung nach § 89, 31 BGB nicht eintreten. Die Rechtsfolgen aus hoheitlichem Handeln können nur aus der speziellen Bestimmung des § 839 BGB hergeleitet werden, nicht aus einer Vorschrift, die gleichzeitig für private Vereine gilt, wie § 31 BGB.

574) Vgl. statt aller RG 165, S. 99; RG 142, S. 190; RG 125, S. 420.

gesagt werden, daß für die haftungsrechtliche Beamteneigenschaft ein privatrechtlicher Dienstvertrag ebenso wie ein staatsrechtliches Beamtenverhältnis entbehrlich ist. Selbst für den staatsrechtlichen Beamtenbegriff ist anerkannt, daß gewählte Vorstandsmitglieder Beamte (meist Ehrenbeamte) sein können [575]). Dies muß vielmehr noch für den weiteren haftungsrechtlichen Beamtenbegriff gelten. Damit gelten aber auch die Vorstandsmitglieder der Realgemeinden als Beamte in haftungsrechtlichem Sinne; denn sie sind mit öffentlicher Gewalt bekleidet (§ 8 Ziff. 4 RGGes).

Eine Haftung der Realgemeinde bei hoheitlichen Übergriffen kann nur dann eintreten, wenn der Schädiger eine ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat. Es fragt sich, ob Dritter in diesem Sinne auch ein Realgemeindemitglied sein kann. Das ist zu bejahen [576]). Es kommt nur darauf an, ob die Amtspflicht im Interesse des der öffentlichen Gewalt Unterworfenen besteht. Aber gerade die Realgemeindemitglieder sind es, die der hoheitlichen Gewalt des Vorstandes unterstehen. Unerheblich ist dabei, daß der Gewaltunterworfene selbst in einem Gliedverhältnis zu dem Dienstherrn des Schädigers steht.

III. Das öffentliche Dienstrecht der Angestellten und Arbeiter der Realgemeinden

Seit dem Ende des vergangenen Jahrhunderts haben sich die Realgemeinden in der *Bewirtschaftungsform* ihres Grundbesitzes weitgehend *umgestellt*. Während noch der Gesetzgeber des Realgemeindegesetzes davon ausging, daß die Realgemeindemitglieder ihren Grundbesitz gemeinschaftlich selbst bewirtschafteten und die Naturalerträge aus ihrem Realgemeindeanteil zur Aufrechterhaltung ihrer eigenen Landwirtschaft dringend benötigten, haben sich seitdem die Realgemeinden immer mehr zu selbständigen gewerblichen Betrieben entwickelt. Die meisten Realgemeinden haben sich darauf umgestellt, die Bewirtschaftung der Realgemeindegrundstücke nicht mehr durch Dienstleistungen (Hand- und Spanndienste) der eigenen Genossen durchführen, sondern durch besonders eingestellte Arbeiter erledigen zu lassen. Zum anderen sind die Mitglieder auch nicht mehr auf die Naturalbezüge (Holz-, Torf-, Weidenutzung usw.) in dem Umfange angewiesen wie früher. Infolge der Erleichterung der Verkehrsbedingungen sind sie heute im allgemeinen in der Lage, zu erschwinglichen Preisen Kohle an Stelle von Holz und Torf für Heizzwecke zu erwerben. Durch die

575) Vgl. § 110 der ersten Wasserverband-Verordnung; Bochalli, S. 137 f; PrVBl 24, S. 659; 23, S. 471.

576) Friesenhahn, S. 277.

Mechanisierung der Landwirtschaft ist weiterhin der Bedarf der Mitglieder an Nutzholz zurückgegangen. Und schließlich sind seit Einführung der Stallfütterung die Realgemeindeweiden nicht mehr unbedingte Existenzgrundlage für einen bäuerlichen Betrieb. Deshalb sind auch sehr viele Realgemeinden dazu übergegangen, die Naturalerträge (Holz, Torf usw.) insgesamt zu verkaufen und den Erlös an die Mitglieder als eine Art Dividende zu verteilen.

Auf Grund dieser wirtschaftlichen Umstellung gibt es jetzt sehr viele Realgemeinden, die mehrere Angestellte und Arbeiter beschäftigen. Zwischen den Realgemeinden und diesen Angestellten und Arbeitern besteht ein Privatdienstvertrag. Da aber die Realgemeinden Körperschaften des öffentlichen Rechts sind (wenigstens soweit sie ein Statut nach dem Realgemeindegesetz haben), fragt es sich, ob die von der Realgemeinde auf Grund eines Privatdienstvertrages Beschäftigten dem *„öffentlichen Dienstrecht"* [577]) unterstehen, ob sie als „Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst" anzusprechen sind. Nach § 1 der — noch gültigen — Allgemeinen Tarifordnung für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst — ATO — (RArbBl 1938, VI 471) unterstehen der ATO alle auf Privatdienstvertrag bei öffentlichen Verwaltungen und Betrieben Beschäftigten. Eine Definition des Begriffes: „öffentliche Verwaltungen und Betriebe" liefert die ATO nicht, sondern verweist insoweit auf § 1 des Gesetzes zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23. März 1934 (RGBl I, S. 220) AOGÖ. Wenn auch das AOGÖ selbst außer Kraft gesetzt ist [578]), so ist die Begriffsbestimmung der „öffentlichen Verwaltungen und Betriebe" in § 1 AOGÖ auf Grund der Inbezugnahme durch § 1 ATO von dieser Aufhebung nicht betroffen. Insoweit ist § 1 AOGÖ Inhalt des § 1 der ATO geblieben [579]).

Gemäß § 1, Ia AOGÖ gelten als öffentliche Verwaltungen und Betriebe die Verwaltungen der Körperschaften des öffentlichen Rechts; gemäß § 1, Ib die Betriebe, die von öffentlichen Körperschaften geführt werden und der allgemeinen Dienstaufsicht einer öffentlichen Verwaltung unterliegen, jedoch Betriebe mit wirtschaftlichen Zwecken nur, wenn die Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse, der sie

---

577) Allgemeine Tarifordnung für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst (ATO) ReichsArbBl 1938, VI 471 — Mit Tarifordnung A u. B für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst (TOA und TOB); Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23. März 1934 — RGBl I, S. 220 — (AOGÖ).

578) Kontrollratsgesetz Nr. 56 vom 30. Juni 1947.

579) Böhm-Jund, Band II, S. 6, Anm. 8.

dienen, durch Gesetz oder tatsächliche Übung der öffentlichen Hand ganz oder überwiegend vorbehalten ist. Weiterhin gelten nach § 1, 1c AOGÜ als öffentliche Verwaltungen und Betriebe die Betriebe mit eigener Rechtspersönlichkeit, an denen öffentliche Körperschaften überwiegend beteiligt sind, jedoch wirtschaftliche Betriebe mit den gleichen Einschränkungen wie bei § 1, 1b.

Aus dieser Formulierung läßt sich schließen, daß das öffentliche Dienstrecht auf Wirtschaftsbetriebe der öffentlichen Hand nur bedingt anwendbar sein soll. Der Fall, daß eine öffentliche Körperschaft selbst ein Wirtschaftsunternehmen ist, ist im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt. § 1,1c AOGÜ trifft nur den Fall, in dem eine öffentliche Körperschaft an einer juristischen Person des *Privatrechts* (AG, GmbH) beteiligt ist[580]). § 1, 1b AOGÜ anderseits behandelt nur den Fall, wo eine öffentliche Körperschaft neben ihrer eigentlichen Aufgabe (der öffentlichen Verwaltung im Sinne des AOGÜ) noch einen juristisch unselbständigen Wirtschaftsbetrieb betreibt. In § 1, 1a AOGÜ geht demnach der Gesetzgeber davon aus, daß alle öffentlichen Körperschaften Verwaltungsaufgaben zu erfüllen haben, die nicht wirtschaftlicher Art sind. Deshalb fehlt auch in § 1, 1a der einschränkende Zusatz wie in § 1, 1b und c. Der Fall, daß die Verwaltung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft (öffentlichen Genossenschaft wie z. B. Haubergsgenossenschaften, Waldgenossenschaften, Forstverbände) sich in der wirtschaftlichen Betätigung erschöpft, ist nicht besonders berücksichtigt worden. Daraus ist zu schließen, daß dem öffentlichen Dienstrecht alle Angestellten und Arbeiter von Körperschaften des öffentlichen Rechts unterliegen, die zur Erfüllung des unmittelbaren Körperschaftszweckes — der eigentlichen Körperschaftsverwaltung — eingestellt sind. Die Tätigkeit zur Erfüllung des unmittelbaren Körperschaftszweckes wird eben grundsätzlich als Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung angesehen, selbst dann, wenn der unmittelbare Körperschaftszweck in dem Betrieb eines gewerblich-wirtschaftlichen Unternehmens liegt. So bedenklich dieses Ergebnis ist, so läßt sich doch nichts an dem klaren Wortlaut des Gesetzes ändern[581]).

Die Tätigkeit der Arbeiter und Angestellten der Realgemeinden dient der Erfüllung der Verwaltungsaufgaben dieser öffentlichen Körperschaften. Es handelt sich hier also um einen Dienst in der „öffentlichen Verwaltung" einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Damit aber unterstehen die Angestellten und Arbeiter der Realgemeinden

580) Wacke, S. 235, Anm. 5.

581) A. A. Wacke, S. 235, bes. Anm. 4, der im Zweifel immer einen „Betrieb" und nicht eine „öffentliche Verwaltung" annehmen will, um so den Geltungsbereich der ATO einzuschränken.

nach § 1 ATO i. V. m. § 1, Ia AOGÜ weitgehend dem öffentlichen Dienstrecht, das ein öffentliches Treueverhältnis — ähnlich dem Beamtenverhältnis — zum Dienstherrn begründet.

Zu beachten ist aber, daß nach § 1 II ATO viele Bestimmungen der ATO für öffentliche Betriebe der Land- und Forstwirtschaft nicht anwendbar sind. Wenn auch nach der Terminologie der ATO und des AOGÜ der § 1 II ATO auf die Realgemeinden nicht direkt anwendbar ist, da Körperschaften des öffentlichen Rechts bei Verfolgung ihres unmittelbaren Körperschaftszweckes nur öffentliche Verwaltung führen, somit die Realgemeinden auch keine öffentlichen „Betriebe" darstellen, ist eine entsprechende Anwendung des § 1 II ATO auf die Realgemeinden gerechtfertigt. Diese Bestimmung ist im Wege der Analogie so auszulegen, daß die von öffentlichen Körperschaften und öffentlichen Betrieben in der Land- und Forstwirtschaft angestellten Arbeitnehmer den aufgeführten Bestimmungen der ATO in keinem Fall unterliegen sollen; denn die nach § 1 II ATO für öffentliche Betriebe der Land- und Forstwirtschaft unanwendbaren Bestimmungen sind nicht mit Rücksicht auf den „Betriebs"charakter des Dienstherrn von Einzelregelungen der ATO ausgenommen worden. Hiermit soll vielmehr lediglich den besonderen arbeitsrechtlichen Verhältnissen in der Land- und Forstwirtschaft Rechnung getragen werden.

Die Bestimmungen der TOA und TOB gelten dagegen für die Realgemeindeangestellten und -arbeiter nicht, da die Realgemeinden nicht in dem Katalog der jeweiligen §§ 1 über die unter die TOA und TOB fallenden öffentlichen Verwaltungen aufgeführt sind.

Dritter Teil

Die Staatsaufsicht über die Realgemeinden

A. Selbstverwaltung und Staatsaufsicht im allgemeinen

Es gehört zu den allgemein anerkannten Grundsätzen des Verwaltungsrechts, daß alle Körperschaften des öffentlichen Rechts der Staatsaufsicht unterstehen [582]). Dieser Grundsatz hat auch in den meisten Gründungsgesetzen [583]) sowie nunmehr auch generell in Art. 44 Abs. 5 der Vorläufigen Niedersächsischen Verfassung seinen ausdrücklichen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Der Gesetzgeber begnügte sich allerdings in der Regel mit dem Ausspruch dieses Grundsatzes, ohne nähere Bestimmungen über das Ziel, den Umfang und die Mittel der Staatsaufsicht aufzustellen. Auch die einschlägigen Bestimmungen des Realgemeindegesetzes (§ 8 RGGes) sind sehr dürftig.

Der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung war es deshalb vorbehalten, diese Lücken in der Gesetzgebung durch die Aufstellung von allgemeinen Regeln zu füllen. Das ist in weitem Umfang gelungen, obschon noch in manchen Punkten Unklarheiten bestehen [584]). Das Aufsichtsrecht des Staates über die Realgemeinden insbesondere hat bisher in der Literatur noch keine Würdigung erfahren. Soweit die Realgemeinden im Schrifttum behandelt werden, begnügen sich die Autoren hinsichtlich der Staatsaufsicht mit der Wiedergabe des Gesetzesinhaltes. Auch die Gesetzesmotive geben hier keinen Aufschluß, da die betreffenden Bestimmungen des Realgemeindegesetzes ohne jede Beratung im Landtag angenommen worden sind [585]).

---

582) So die herrschende Meinung: Weber, S. 23ff; Forsthoff, Lehrbuch, S. 374f; Rosin, S. 102ff; O. Mayer, 2. Bd., 2. Aufl., S. 707ff; Hatschek, S. 381ff; Schoen, S. 9, 303ff; Köttgen, Rechtsf. Verwaltungseinheit, S. 20f; Hoffmann, S. 21f.

583) Vgl. z. B. § 13 Forstverbands-Verordnung, § 111 der 1. WVVO; § 18 RUO; § 44 Waldschutzgesetz.

584) Weber, S. 21ff; Forsthoff, S. 374 — sprechen von einem allgemeinen System von staatlichen Aufsichtsrechten. Hoffmann, S. 221, hält deshalb das Recht der Staatsaufsicht auch für weitgehend kodifizierungsfähig.

585) In der Verwaltungspraxis wird die Staatsaufsicht über die Realgemeinden faktisch nicht ausgeübt. Die Aufsichtsbehörden der Realgemein-

Im folgenden soll deshalb versucht werden, vom Grundsätzlichen her und durch rechtsvergleichende Betrachtung ähnlicher Institute wie der Realgemeinden und deren Behandlung in Gesetzgebung und Literatur eine Erklärung und Beleuchtung der Staatsaufsicht über die Realgemeinden zu geben. Bei dieser Untersuchung muß der Stand der Rechtswissenschaft und Gesetzespraxis zur Zeit des Erlasses des Realgemeindegesetzes besondere Berücksichtigung finden, um so ein Bild der Situation zu gewinnen, die der Gesetzgeber des Realgemeindegesetzes selbst vorfand. Hieraus werden sich Schlüsse ergeben, die Sinn und Zweck der Staatsaufsicht über die Realgemeinden, wie sie dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben, verdeutlichen.

I. Der Begriff der Staatsaufsicht

Unter Staatsaufsicht soll im folgenden die *staatliche Einflußnahme auf die Selbstverwaltung eines Trägers mittelbarer Staatsverwaltung* verstanden werden[586]). Hierbei macht es keinen Unterschied, ob diese beaufsichtigende Verwaltungstätigkeit durch ein Organ des Staates oder wiederum durch einen Selbstverwaltungskörper im Namen des Staates — dann als Auftragsangelegenheit — ausgeübt wird[587]). Unter Staatsaufsicht über Körperschaften des öffentlichen Rechts ist nur die Verwaltungstätigkeit des Staates zu verstehen, die er ausschließlich diesen gegenüber ausübt[588]). Deshalb fallen alle die staatlichen Einflußnahmen nicht unter die Staatsaufsicht, der die Körperschaften des öffentlichen Rechts ebenso wie jeder Private unterliegt (z. B. im Polizei- oder Steuerrecht).

---

den werden im allgemeinen nur tätig, soweit sie im Statutserrichtungsverfahren und im Rahmen der Forstverwaltung angerufen werden. Der Gesetzgeber des Realgemeindegesetzes erwartete aber offensichtlich mehr von den Aufsichtsinstanzen. Solange das RGGes besteht, ist es deshalb auch die Pflicht der Aufsichtsbehörden, die Staatsaufsicht in dem vom RGGes vorgeschriebenen Umfang auszuüben.

586) Ähnlich Hoffmann, S. 22; ähnlich auch O. Mayer, 2. Aufl., 2. Bd., S. 707, der die Staatsaufsicht als „eine geordnete rechtliche Macht, welche namens des Staates über die rechtsfähigen Verwaltungen geübt wird, um sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu erhalten" bezeichnet; Peters, S. 218, versteht unter Staatsaufsicht „diejenige Verwaltungstätigkeit des Staates, welche zum Zwecke hat, den Selbstverwaltungskörper im öffentlichen Interesse zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und die gesamte von ihm geführte Verwaltung in Einklang zu bringen mit der übrigen öffentlichen Verwaltung". Vgl. ferner Triepel, S. 121; v. Mangolt, S. 52, 64; Hatschek, Seite 354.

587) Hoffmann, S. 33ff; O. Mayer, S. 707. Blodig, S. 297.

588) Hoffmann, S. 2; O. Mayer, S. 714f.

Die Staatsaufsicht über Körperschaften des öffentlichen Rechts reicht grundsätzlich weiter als die Vereinsaufsicht (Vereinspolizei) [589]. Die Aufsicht über juristische Personen des Privatrechts beschränkt sich auf die Überwachung der Einhaltung der dem Verein durch Gesetz oder Satzung gezogenen Schranken, also darauf, daß der Verein den ihm gesetzten Zweck nicht überschreitet [590]. Sie hat also lediglich eine negative Funktion, während, wie sich noch zeigen wird, die Staatsaufsicht über öffentliche Körperschaften auch eine positive Funktion hat [591].

Gegenüber der stärkeren Aufsichtsform der Dienst- oder Fachaufsicht unterscheidet sich die Staatsaufsicht über die öffentlichrechtlichen Körperschaften dadurch, daß diese nicht wie jene „die Gestaltung eines Gewaltverhältnisses" hat [592]. In der Dienstaufsicht liegt immer ein unbeschränktes Weisungsrecht der vorgesetzten gegenüber der nachgeordneten Behörde begründet. Die Körperschaft des öffentlichen Rechts hat dagegen — außer bei Auftragsangelegenheiten — ein Recht auf Selbstverwaltung (und zwar ein subjektiv-öffentliches Recht auf selbständige, eigenverantwortliche Verwaltung ihrer Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze) [593]. Dieses wird den Körperschaften des öffentlichen Rechts entweder im Gründungsakt — durch die gesetzliche Zuerkennung des Körperschaftscharakters — verliehen; oder in anderen Fällen, soweit sie nämlich schon vor ihrer Deklaration zu öffentlichen Körperschaften als Verbände bestanden — wie die Realgemeinden — bleibt ihnen dieses Eigengestaltungsrecht belassen, es wird nur durch und im Rahmen der Staatsaufsicht beschnitten.

589) Forsthoff, S. 374; Hatschek, S. 355.

590) §§ 43 f BGB. Darüber hinaus hat die Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung eines ideellen Vereins ein Einspruchsrecht, wenn es sich nach öffentlichem Vereinsrecht um einen verbotenen Verein handelt (§§ 61 ff BGB). Bei Gründung eines wirtschaftlichen Vereins hat der Staat das Verleihungsrecht (§ 22 BGB und der entsprechenden Bestimmungen des AGGes, GmbHGes., GenGes usw.). Das stärkste Mittel der Vereinsaufsicht ist die Entziehung der Rechtsfähigkeit (§ 43 BGB). Vgl. im einzelnen noch §§ 29, 33, 37, 72, 73, 78 BGB.

591) Wenn die neuere Gesetzgebung auch manche privatrechtlichen juristischen Personen einer weitergehenden Aufsicht unterstellt, als dies der Rahmen der traditionellen Vereinsaufsicht zuläßt (vgl. Weber, S. 23 f, bes. Anm. 3; Forsthoff, S. 374, Anm. 3), so handelt es sich hierbei aber immer um Sonderregelungen. Diese Ausnahmeregelungen sind somit auch kein Niederschlag der generellen Vereinsaufsicht. Vgl. oben S. 103, Anm. 417.

592) O. Mayer, 2. Band, 2. Aufl., S. 711.

593) Art. 28 BGG enthält für die Selbstverwaltung der Kommunalverbände — aber auch nur für diese (Scheuner in öffentl. Verw., 1952,

Die Staatsaufsicht über die Körperschaften des öffentlichen Rechts bildet eine Verwaltungstätigkeit der berufenen Aufsichtsbehörde [594]) und bezieht sich ihrerseits wieder auf eine Verwaltungstätigkeit des beaufsichtigten Selbstverwaltungskörpers. Sie ist somit zu unterscheiden von den rechtsetzenden und von den rechtsprechenden Tätigkeiten. Überall dort, wo der Staat durch seine Organe gegenüber einer öffentlichen Körperschaft im Rahmen der Rechtsetzung tätig wird, kann von einer Staatsaufsicht nicht gesprochen werden. Unter Rechtsetzung versteht man den Erlaß von generellen Anordnungen mit dem Charakter objektiven Rechts. Im Unterschied hierzu wird die Staatsaufsicht immer nur von Fall zu Fall tätig [595]). Sie richtet sich gegen die einzelne Verwaltungsmaßnahme der öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Die staatliche Verleihung einer Körperschaftssatzung (Feststellung eines Statuts) und auch die staatliche Mitwirkung bei einem Statutserrichtungsverfahren (insbesondere die Statutsgenehmigung) gehören inhaltlich zur Rechtsetzung, da hier die staatlichen Behörden selbst objektives Recht setzen oder die Schaffung objektiven Rechts durch die öffentliche Körperschaft ermöglichen. Mit dem Gründungsstatut bzw. der Statutsgenehmigung gibt der Staat erst dem zukünftigen Handeln der öffentlich-rechtlichen Körperschaft einen Rahmen; er greift aber nicht — wie bei der Staatsaufsicht — in eine einzelne vollzogene oder unterlassene Verwaltungshandlung der Körperschaft des öffentlichen Rechts ein. Diese staatlichen Tätigkeiten können deshalb nicht zur Staatsaufsicht gerechnet werden [596]).

Eine Verbindung dieser rechtsetzenden Tätigkeit zur Staatsaufsicht ergibt sich daraus, daß die öffentlich-rechtlichen Körperschaften in ihrer Verwaltung an ihr Statut auch gegenüber dem Staat gebunden sind. Die Regelungen des Statuts bilden so eine Grundlage für Eingriffe der Staatsaufsicht in die Verwaltung eines Selbstverwaltungskörpers; denn die Aufsichtsbehörde hat auch darüber zu wachen, daß

S. 609 f) — sogar eine „institutionelle Garantie"; v. Mangoldt, Art. 28, Anm. 3.

594) Peters, S. 218 f; Hatschek, S. 354.

595) Peters, S. 221.

596) A. A. O. Mayer, S. 713; Hoffmann, S. 135 ff. Sie zählen die Statutsgenehmigungen zu den staatlichen Tätigkeiten im Rahmen der Staatsaufsicht; hiergegen: Rosin, S. 116, der wegen der bei Genehmigungen zulässigen Zweckmäßigkeitskontrolle hier von einer besonders gearteten Tätigkeit spricht und diese zu der — nach seiner Ansicht ausschließlich in den Bahnen der Gesetzeskontrolle sich bewegenden — Staatsaufsicht in begrifflichen Gegensatz stellt.

die Körperschaft des öffentlichen Rechts ihre Verwaltung in Einklang mit dem Statut führt[597]).

Die Statutsgenehmigungen und Statutsverleihungen bei den Realgemeinden gehören aber auch deshalb nicht zu den Funktionen der Staatsaufsicht, weil durch sie die Realgemeinden erst als öffentlich-rechtliche Körperschaften ins Leben treten. Sie bilden den konkreten Errichtungsakt. Die Staatsaufsicht setzt jedoch begrifflich schon einen existenten Träger mittelbarer Staatsverwaltung voraus, der öffentliche Verwaltung bereits führt und dabei beaufsichtigt werden kann. Die Errichtung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts als solche liegt schon ihrer Natur nach in den Händen des Staates und braucht nicht auf das Staatsaufsichtsrecht zurückgeführt zu werden[598]).

Als Verwaltungstätigkeit unterscheidet sich die Staatsaufsicht weiterhin von der Rechtsprechung. Bei der Rechtsprechung nimmt der Staat durch seine Richter einen überparteilichen Standpunkt ein, der es gebieten kann, auch entgegen öffentlichen Interessen zu Gunsten von privaten Belangen zu entscheiden. Die Staatsaufsicht wird dagegen lediglich zur Wahrung des Staatsinteresses ausgeübt. Die Aufsichtsbehörde wird nur im öffentlichen Interesse[599]) [600]) tätig und nimmt somit eine parteiliche Tätigkeit wahr[601]). Die Erkenntnis von der Parteirolle der Aufsichtsbehörden und von ihrer *verwaltenden* Tätigkeit bewirkte schon zur Zeit des Enumerationsprinzips die weitgehende Zulassung des Verwaltungsstreitverfahrens gegen Maßnahmen der Staatsaufsicht[602]).

---

597) Rosin, S. 106: „Nicht minder sind die Statuten der einzelnen Genossenschaft .. ein zweiseitiges, auch die Genossenschaft dem Staat gegenüber verpflichtendes Recht." Die Bindung der Realgemeinden an ihr Statut gegenüber dem Staat ergibt sich im übrigen eindeutig auch aus § 8 Ziff. 1 Abs. 1 RGGes, wonach die Aufsichtsbehörden darauf zu achten haben, daß die Verwaltung in Übereinstimmung mit dem Statut geführt wird.

598) Diese begrifflichen Erwägungen rechtfertigen, daß die Darstellung des Statutserrichtungsverfahrens nach §§ 3—7 RGGes außerhalb dieses Teiles der Arbeit über die Staatsaufsicht dargestellt wurden.

599) Das öffentliche Interesse kann auch gebieten, zur Wahrung der Rechte der Mitglieder einzugreifen, wenn sonst eine gedeihliche Arbeit in Frage gestellt würde.

600) Scholl, S. 66.

601) Peters, S. 218ff, bes. S. 221, Anm. 1; v. Brauchitsch I, S. 305, Anm. 4; std. Rspr. des OVG; OVG 70, S. 60; a. A. O. Mayer, 2. Bd., 2. Aufl., S. 718, im Widerspruch zu den Ausführungen auf S. 731 über die Zwangsetatisierung; ferner Triepel, S. 136.

602) Vgl. z. B. § 8 Ziff. 6 Abs. 2 RGGes; ferner z. B. § 47 Abs. 2 Preuß. FischGes vom 11. Mai 1916 (Pr. GS, S. 55). §§ 19, 35 Zust. Ges.

Wie jede Verwaltungstätigkeit weist auch die Staatsaufsicht mit der Rechtsprechung insofern einen Berührungspunkt auf, als beide bei ihren Tätigkeiten an das Gesetz gebunden sind und ihre Entscheidungen in Einklang mit den Gesetzen treffen müssen. Während der Richter bei seiner eigentlichen Tätigkeit — der Rechtsfindung — seine Entscheidung nur dem Gesetz entnehmen kann, ist für die Verwaltung kennzeichnend, daß hier weitgehend Ermessensentscheidungen zugelassen sind (freie Verwaltung im Unterschied zur gebundenen Verwaltung) [603]). Auch bei der Verwaltungstätigkeit im Rahmen der Staatsaufsicht ist dem pflichtgemäßen Ermessen der Aufsichtsbehörde weitgehend Spielraum gelassen (z. B. bei der Wahl der Aufsichtsmittel im Rahmen des Informationsrechts, bei der Erteilung von Genehmigungen). Schon das Tätigwerden der Aufsichtsbehörde steht insofern in ihrem Ermessen, als die Entscheidung über das Vorliegen eines öffentlichen Interesses am aufsichtsbehördlichen Einschreiten eine Ermessensentscheidung darstellt [604]). Hier ist jedoch zunächst nur von Bedeutung, daß die Staatsaufsicht lediglich dann einschreitet — dann aber auch einschreiten muß —, wenn ein öffentliches Interesse an dem aufsichtsbehördlichen Einschreiten besteht. Die Staatsaufsicht vertritt also das staatliche Interesse gegenüber der Körperschaft des öffentlichen Rechts.

In manchen Fällen — wie z. B. in § 122 der 1. WVVO, § 8 Abs. 3 RGGes — ist dagegen die Aufsichtsbehörde von der Verpflichtung zur Prüfung des Vorliegens eines konkreten öffentlichen Interesses an einer Aufsichtsentscheidung entbunden. Hier hat der Gesetzgeber das öffentliche Interesse an einem Tätigwerden der Aufsichtsbehörde schon generell erklärt. Die Aufsichtsbehörde muß deshalb hier bereits tätig werden, wenn die gesetzlichen Erfordernisse (Antrag) gegeben sind [605]). Es handelt sich dann insofern um eine Tätigkeit der gebundenen Verwaltung, als die Frage, ob die Aufsichtsbehörde überhaupt tätig wird

---

603) Vgl. Jellinek, S. 39 f. Die dort aufgezeichneten Ausnahmen vermögen diesen Grundsatz nicht zu erschüttern.

604) A. A. Jellinek, S. 33, der Entscheidungen über das Vorliegen eines öffentlichen Interesses für frei von subjektivem Ermessen und gesellschaftlichen Anschauungen feststellbar hält. Es dürfte jedoch keine absolut zwingende Bejahung bzw. Verneinung des öffentlichen Interesses in jedem Einzelfall geben. Vgl. hierzu Hess. VGH in DV 1949, S. 658; Hamb. OVG in MDR 1949, S. 638 ff.

605) Wie die Entscheidung im einzelnen ausfällt, ist dagegen bei Genehmigungen in das pflichtgemäße Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt. Hierüber später S. 194 ff.

(nicht aber, wie sie entscheidet), sich dem Ermessen der Aufsichtsbehörde entzieht [606]).

II. Die Funktionen der Staatsaufsicht

Das öffentliche Interesse am aufsichtsbehördlichen Einschreiten gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ergibt sich aus dem öffentlichen Interesse an der Existenz der betreffenden Körperschaft des öffentlichen Rechts in Verbindung mit deren Daseinszweck. Die öffentlichen Körperschaften sind nicht ausschließlich um ihrer selbst willen als Körperschaften des öffentlichen Rechts konstituiert worden, sondern aus einem besonderen staatlichen Interesse an der Tätigkeit der betreffenden Körperschaft. Dieses besondere staatliche Interesse hat die Staatsaufsicht zur Geltung zu bringen. Sie findet ihre innere Begründung im Wesen der öffentlichen Körperschaft und ist „notwendiges Korrelat der Selbstverwaltung“ [607]).

Zunächst hat die Staatsaufsicht eine *negative* Funktion insofern, als die Aufsichtsbehörden darüber zu wachen haben, daß die einzelnen Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht die Grenzen ihres Aufgabenbereichs überschreiten, vielmehr die ihnen gezogenen Schranken einhalten. Mit der Verleihung der Eigenschaft einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ist eine bestimmte Zwecksetzung für sie verbunden. Zur Verwirklichung ihres Daseinszweckes ist der öffentlich-rechtlichen Körperschaft ein eigener Wille von der Rechtsordnung gegeben. Das geschieht dadurch, daß die Mitgliederbeschlüsse und die Willensbetätigungen des Vorstandes als Wille der selbständigen Rechtsperson anerkannt werden. Die Rechtsgültigkeit der Willensbetätigungen der öffentlichen Körperschaften gegenüber dem Rechtsverkehr ist grundsätzlich nicht beschränkt auf solche in Erfüllung ihrer Lebensaufgabe. Eine Begrenzung der Geschäftsfähigkeit der Körperschaften des öffentlichen Rechts auf Handlungen in Erfüllung ihrer Aufgabe gibt es nicht (wenn man von den Ausnahmefällen der Genehmigungsbedürftigkeit einzelner Beschlüsse absieht). Um einem Mißbrauch dieser Freiheit der Willensbetätigung zu begegnen, muß der Willensfreiheit der öffentlich-rechtlichen Körperschaften von Rechts wegen die Befugnis des Staates gegenüberstehen, „mittels deren er in seinem Interesse auf die genossenschaftliche Willensbetätigung im Sinne einer Inne-

606) Eine hiervon unabhängige Frage ist noch, ob die Staatsaufsicht sich darauf zu beschränken hat, die Verwaltung der Körperschaften des öffentlichen Rechts in den Bahnen des Rechts zu halten (Gesetzmäßigkeitskontrolle), oder ob die Aufsichtsbehörde auch die Ermessensentscheidungen der öffentlichen Körperschaften überwacht (Ermessenskontrolle); hierüber später S. 162 ff.

607) Peters, S. 216; Ellerингman, S. 29.

haltung der Richtung auf den Lebenszweck der Genossenschaft (öffentlich-rechtliche Körperschaft) einwirkt“ [608]). Soweit sich die öffentliche Körperschaft im Rahmen des ihr vom Gesetzgeber gesteckten Zieles hält, ist sie somit frei von staatlichen Einwirkungen. Nur soweit besteht eine völlige Eigenständigkeit. Diese ist also immer eine begrenzte, eine aus der Zweckgebundenheit der Selbstverwaltung resultierende [609]).

Entsprechendes gilt für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die schon vor ihrer Deklaration die Rechts- und Handlungsfähigkeit hatten, wie z. B. die Realgemeinden. Diesen ist dann zwar nicht die Willensfähigkeit in dem oben dargestellten Sinne durch die Deklaration verliehen, wohl aber die Fähigkeit, ihren bisher schon vorhandenen Willen nunmehr nur noch als *öffentliche Körperschaft* und damit als formeller Träger öffentlicher Verwaltung zu betätigen. Diese Fähigkeit soll aber auch diesen Körperschaften des öffentlichen Rechts nur im Rahmen ihres Aufgabenbereichs zukommen, nämlich in dem Umfang, wie sie Träger öffentlicher Verwaltung nach dem Willen des Gesetzgebers sein sollen.

Als Ergebnis läßt sich also feststellen, daß die öffentlichen Körperschaften nur einen bestimmten Aufgabenbereich zur „Selbstverwaltung“, d. h. zur selbständigen und freien Willensbetätigung zugewiesen erhalten haben. Bei Verfolgung anderer als der vom Staat ihr zugewiesenen, belassenen und anerkannten Zwecke hat die Aufsichtsbehörde die Befugnis, die Körperschaft des öffentlichen Rechts in die Grenzen ihres Tätigkeitsfeldes zurückzuweisen, um dessentwillen sie existiert.

Weiterhin erfüllt die Staatsaufsicht eine *positive* Funktion insofern, als die Aufsichtsbehörde die öffentlich-rechtliche Körperschaft zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben anhalten kann. Es ist den öffentlichen Körperschaften nicht überlassen, ob sie die ihnen gesetzlich obliegenden Verwaltungsaufgaben führen wollen oder nicht. Der Gesetzgeber hat den Körperschaften des öffentlichen Rechts das Entscheidungsrecht nur darüber weitgehend überlassen, *wie* sie, jedoch nicht, *ob* sie überhaupt diese Aufgaben erfüllen wollen [610]).

---

608) Rosin, S. 101.

609) A. A.: Schmieder in Preuß. VBl Bd. 25, S. 485, der irrigerweise Selbstverwaltung und Staatsaufsicht in einen sich ausschließenden Gegensatz stellt; ähnlich Weinreich, Verwaltungsarchiv 13, S. 497. In Wirklichkeit bedingt aber das Wesen der Selbstverwaltung die Staatsaufsicht.

610) Diese Verpflichtung der öffentlichen Körperschaften zum Tätigwerden erstreckt sich selbstverständlich nur auf die obligatorischen und nicht auf die fakultativen Selbstverwaltungsangelegenheiten.

An der Tätigkeit der öffentlichen Körperschaft besteht ein öffentliches Interesse. Deshalb sind sie als Träger *öffentlicher* Verwaltungen geschaffen. Die Erfüllung ihrer Aufgaben liegt niemals ausschließlich im Mitgliederinteresse. Der Staat unterstellt nur, daß die Körperschaften des öffentlichen Rechts *regelmäßig* auch zugleich im eigenen Mitgliederinteresse ihre Körperschaftsaufgaben in Angriff nehmen. Deshalb ist meist auch eine ausdrückliche gesetzliche Normierung der Verpflichtung zur Erfüllung der Körperschaftsaufgaben unterblieben. Der Gesetzgeber begnügte sich bei der Schaffung einer öffentlichen Körperschaft gewöhnlich damit, den Zweck der Errichtung und die Aufgabe der betreffenden Körperschaft zu umreißen (z. B. § 1 ForstverbVO, § 23 Waldschutzgesetz, § 2 der 1. WVVO, § 1 RGGes) [611]. In der Bestimmung der generellen Aufgabe einer öffentlichen Körperschaft liegt aber auch die gesetzliche Festlegung der Verpflichtung zur Erfüllung dieser Aufgaben. Der Staat hat die Körperschaften des öffentlichen Rechts als Träger öffentlicher Verwaltung nicht zuletzt deshalb geschaffen, weil auf diese Weise die jeweiligen Körperschaftsaufgaben wirkungsvoller erfüllt werden können als durch private Verbände. Wenn aber der Staat so eine wirkungsvollere Verwaltungstätigkeit erreichen will, so will er erst recht auch eine Gewähr dafür haben, daß es die öffentliche Körperschaft unternimmt, ihre Verwaltungsaufgaben zu erfüllen [612].

Man kann somit grundsätzlich eine doppelte Funktion der Staatsaufsicht unterscheiden, nämlich eine negative und eine positive. Von einer negativen Funktion kann man insofern sprechen, als die Staatsaufsicht darüber zu wachen hat, daß die öffentliche Körperschaft alles vermeidet, was eine Überschreitung der ihr zur Erfüllung der Körperschaftsaufgaben gesetzten Machtbefugnisse darstellt, und von einer positiven insofern, als die Aufsichtsbehörde die Körperschaft des öffentlichen Rechts dazu anhalten kann, daß sie die von ihr zu erfüllenden Aufgaben auch wirklich erfüllt [613]. Wie weit sich diese doppelte Funktion der Staatsaufsicht bei den Realgemeinden auswirkt, wird sich noch bei der Behandlung der einzelnen Aufsichtsmittel gegenüber den Realgemeinden zeigen.

---

611) Jedoch ist häufig die Erfüllung einzelner enumerativ aufgezählten Aufgaben den öffentlichen Körperschaften ausdrücklich zur Pflicht gemacht. Vgl. z. B. § 42 der 1. WVVO.

612) Ähnlich Elleringmann, S. 31.

613) Rosin, a. a. O.; Hatschek, S. 354; Schoen, S. 336.

B. Der Inhalt der Staatsaufsicht

I. Gesetzmäßigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle

1. Grundsätzliches zur Gesetz- und Zweckmäßigkeitskontrolle

Hinsichtlich des Inhalts der Staatsaufsicht besteht Streit, ob sie darauf beschränkt ist, dafür zu sorgen, daß die öffentliche Körperschaft sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in den Schranken der sie betreffenden ausdrücklichen Rechtsnormen (Gesetz, Verordnung, Satzung) hält, oder ob die Staatsaufsicht darüber hinaus auch eingreifen kann, wenn die Körperschaft des öffentlichen Rechts, ohne gegen bestehendes positives Recht zu verstoßen, nur unzweckmäßig handelt (und dadurch möglicherweise indirekt den geordneten Gang der ihr übertragenen Verwaltung gefährdet). Eine andere Frage, die oft mit der hier angeschnittenen verwechselt wird, ist, ob die Staatsaufsicht nur auf die ihr ausdrücklich gesetzlich zugesprochenen Aufsichtsmittel beschränkt ist, oder ob in dem Begriff der Staatsaufsicht notwendigerweise immer ein bestimmtes System von Aufsichtsmitteln enthalten ist. Eine Verbindung beider Fragen ergibt sich häufig dadurch, daß die Anwendung mancher Aufsichtsmittel die Beantwortung von reinen Zweckmäßigkeitsfragen durch die Aufsichtsbehörde einschließt (z. B. bei der Genehmigung) [614]; hier geht es jetzt aber nur darum, ob die Aufsichtsbehörde *grundsätzlich* eine Zweckmäßigkeitskontrolle über die Verwaltung der öffentlichen Körperschaften ausüben kann oder nicht. Eine Beschränkung der Staatsaufsicht auf die Gesetzmäßigkeitskontrolle verlangen besonders Rosin [615], Hatschek [616], Fleiner [617], O. Mayer [618], Schmieder [619], Jellinek [620] und Preuß [621]. Dagegen vertritt die herrschende Meinung, die ihre Hauptvertreter in der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts [622] und in Schoen [623],

---

614) Hierüber später S. 192 ff.

615) Rosin, S. 102 ff.

616) Hatschek, S. 358.

617) Fleiner, 3. Aufl., S. 117.

618) O. Mayer, S. 718 f.

619) Schmieder in PrVBl, Bd. 25, S. 485.

620) Jellinek, S. 532 f.

621) Preuß, Amtsrecht, S. 264 ff.

622) OVG Bd. 25, S. 49; Bd. 28, S. 95; Bd. 35, S. 118; Bd. 81, S. 101; PrVBl Bd. 23, S. 776; RuPrVBl Bd. 49, S. 848.

623) Schoen, S. 337.

Peters[624]), Forsthoff[625]), Elleringmann[626]) hat, die Ansicht, daß die Staatsaufsicht grundsätzlich eine Zweckmäßigkeitskontrolle einschließt[627]) [628]).

2. Die Gesetzmäßigkeitskontrolle über die Verwaltung der Realgemeinden

Für die Staatsaufsicht über die Realgemeinden hat diese Streitfrage keine allzu große Bedeutung. Nach § 8 Ziff. 1 Abs. 1 RGGes ist „die Aufsicht des Staates über die Verwaltung der Genossenschaftsangelegenheiten darauf beschränkt, daß die Verwaltung in Übereinstimmung mit dem Gesetz und dem Statut geführt wird". Hier ist also ausdrücklich die Staatsaufsicht auf die Rechtskontrolle beschränkt, die Zweckmäßigkeitskontrolle dadurch insoweit ausgeschlossen, als das Gesetz an anderer Stelle sie nicht ausdrücklich zuläßt. Damit ist es grundsätzlich unzulässig, daß die Aufsichtsbehörde die Zweckmäßigkeit der Verwaltungsmaßnahmen der Realgemeinden überwacht.

Wenn jedoch eine Realgemeinde ihren Lebenszweck der gemeinschaftlichen Bewirtschaftung ihres Grundbesitzes überhaupt nicht erfüllt, so kann sie hierzu durch die Aufsichtsbehörde angehalten werden. In diesem Fall handelt es sich jedoch nicht um eine Zweckmäßigkeitskontrolle, sondern um die Aufsicht des Staates darüber, daß die Realgemeinde ihre Verwaltung überhaupt führt, nicht ob sie sie zweckmäßig führt. Der Daseinszweck der einzelnen Realgemeinde ist durch das Realgemeindegesetz und durch ihr jeweiliges Statut fest umrissen. In dieser Aufgabenzuweisung liegt zugleich die Auferlegung der rechtlichen Verpflichtung zur Erfüllung dieser Aufgaben. Die Kontrolle darüber, ob die Realgemeinde die Verwaltung der Genossenschaftsangelegenheiten überhaupt führt, ist demnach eine Rechtskontrolle[629]).

Selbstverständlich bezieht sich diese generelle Verpflichtung nicht auf die einzelnen Verwaltungshandlungen, sondern nur auf das all-

---

624) Peters, S. 222 ff.

625) Unklar Forsthoff, S. 375.

626) Elleringmann, S. 30 f; vgl. ferner die S. 31, Anm. 26, zitierte Literatur.

627) Vgl. im übrigen die Zusammenstellung bei Scholl, S. 67 ff.

628) Hervorzuheben ist, daß die Ansicht von der Zulässigkeit der Zweckmäßigkeitskontrolle nicht erst durch das Gedankengut des NS-Staates — vom absoluten Führungsanspruch des Staates her —, sondern schon früher seine Anerkennung gefunden hat. Die Ermessenskontrolle ist hier zunächst noch vernünftigerweise beschränkt worden; vgl. Ausf. Anw. zur DGO vom 26. Febr. 1934, in MBl IV, S. 271, bes. S. 339 f.

629) Ähnlich Elleringmann, S. 31.

gemeine Tätigwerden in dem jeweiligen Aufgabenbereich. Deshalb kann die Aufsichtsbehörde auch nur bei *absoluter* Untätigkeit der Realgemeinde einschreiten. Die Vornahme einer einzelnen Verwaltungsmaßnahme kann nur dann erzwungen werden, wenn zu dieser einzelnen Verwaltungshandlung eine besondere gesetzliche Verpflichtung besteht. Im übrigen ist es der an sich tätigen Realgemeinde überlassen, die einzelne Verwaltungsmaßnahme vorzunehmen oder nicht[630]).

Schließlich kann die Aufsichtsbehörde auch in den Fällen einschreiten, in denen die Realgemeinde bzw. ihre Organe bei ihrem Verwaltungshandeln Ermessensmißbrauch treiben. Hier handelt es sich dann aber auch nur um eine (erweiterte) Rechtmäßigkeitskontrolle[631]). Ein Fall des Ermessensmißbrauchs in dieser Richtung wäre z. B., wenn die Realgemeinde durch ihr Verwaltungshandeln ihre eigene Existenz willkürlich aufs Spiel setzte, indem sie bewußt Bankrottpolitik treibt. Hier würde sie eine Rechtsverletzung insofern begehen, als sie ihren gesetzlichen Lebenszweck selbst zu vereiteln versuchte.

Die Staatsaufsicht über die Realgemeinde ist somit inhaltlich darauf beschränkt:

1. ob sie ihre Verwaltung überhaupt führt,
2. ob sie diese im Einklang mit den Gesetzen führt (ohne fehlerhafte Anwendung ihres Ermessens),
3. ob sie diese im Einklang mit dem Statut führt.

Alles das folgt unmittelbar aus § 8 Ziff. 1 Abs. 1 RGGes. Der vom preußischen OVG[632]) für die Kommunalaufsicht aufgestellte Grundsatz, daß die Aufsichtsbehörde *alles* zu tun hat, was erforderlich ist, um den geordneten Gang der Kommunen zu erhalten, kann demnach nicht für die Realgemeinden gelten, wenn auch sonst die Staatsaufsicht über die öffentlich-rechtlichen Körperschaften weitgehend der Kommunalaufsicht entspricht.

Die ausdrückliche gesetzliche Beschränkung der Staatsaufsicht über die Realgemeinden auf die Gesetzmäßigkeitskontrolle findet ihre Rechtfertigung auch im Wesen der öffentlichen Genossenschaft. Eine öffentliche Genossenschaft ist selbständige Rechtsperson. Ihre Selbständig-

---

630) A. A. Elleringmann, a. a. O., der eine Quasi-Rechtskontrolle über alle wichtigen (einzelnen) Verwaltungsmaßnahmen als gegeben ansieht.

631) Deshalb wurde und wird auch im Verwaltungsstreitverfahren insoweit eine Nachprüfung des Ermessens der Verwaltungsbehörde zugelassen; Jellinek, S. 38 f; Bachof, in S.J.Z. 1948, Sp. 742 ff; vgl. auch § 23 Abs. 3 der Verordnung 165; ferner OVG in PrVBl 3, S. 94 f.

632) OVG 35, S. 118. Weitere Nachweise bei Scholl, S. 69 f, bes. S. 70, Anm. 1.

keit äußert sich in ihrer Freiheit der Willensbetätigung, soweit sie nicht durch *gesetzliche* Schranken (gesetzliche Verbote und Gebote) eingeengt ist. Soweit demnach Zweckmäßigkeitserwägungen — und nicht ausschließlich Gesetzesnormen wie bei der gebundenen Verwaltung — die Willensbetätigung der öffentlichen Genossenschaft leiten, ohne dabei das objektive Recht zu verletzen, muß die Aufsichtsbehörde diese Willensbetätigung respektieren. Die öffentlichen Körperschaften im allgemeinen — besonders aber die öffentlichen Genossenschaften — haben ein Recht darauf, ihre Verwaltung, also die Gesamtheit ihrer Willensbetätigungen, nach freier, nur durch das objektive Recht gebundener Entscheidung zu führen [633]). Ein Eingriff in dieses „Freiheitsrecht" bedürfte im Rechtsstaat nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung [634]) eines gesetzlichen Titels [635]). Einen solchen Titel liefern aber die die Staatsaufsicht schlechthin einführenden gesetzlichen Bestimmungen nicht [636]), da durch eine grundsätzliche Anerkennung der Zweckmäßigkeitskontrolle kein Raum mehr für eine wirklich selbständige Willensbetätigung, die begriffsnotwendiges Merkmal jedes rechtsfähigen genossenschaftlichen Zusammenschlusses ist, bliebe [637]). Die Schaffung einer öffentlichen Körperschaft wäre anderenfalls unnütz. Die unter Ermessenskontrolle geführte Verwaltung einer öffentlichen Körperschaft wäre keine Selbstverwaltung mehr, sondern eine solche in Auftragsangelegenheiten. Öffentlich-rechtliche Körperschaften aber, die *nur* Auftragsangelegenheiten erledigen, gibt es nicht. Das würde sich mit dem Wesen einer öffentlichen Körperschaft nicht vertragen und sich in Widerspruch zur Eigenart der Körperschaft des öffentlichen Rechts setzen.

Die in vielen Fällen berechtigte Forderung nach der Erweiterung der Staatsaufsicht auch auf (einzelne) reine Zweckmäßigkeitsentscheidungen der öffentlichen Körperschaften kann nur durch den Gesetz-

---

633) Rosin, S. 103 ff.

634) Wie ihn die h. M. vertritt; vgl. die Zusammenstellung der Meinungen bei Peters, S. 225 ff.

635) Jellinek, S. 88 f.

636) A. A.: Peters, S. 227, der für die Eingriffe in die Rechtsphäre einer Person einen Generaltitel — nicht einen besonderen gesetzlichen Spezialtitel — für ausreichend hält und die Staatsaufsicht als solchen Generaltitel ansieht. Dieser Generaltitel soll nach Peters, a. a. O., nicht nur die Anwendung aller allgemeinen Aufsichtsmittel — auch der nicht ausdrücklich gesetzlich normierten — rechtfertigen, sondern auch die Eingriffe der Aufsichtsbehörden in die Entschluß- und Ermessensfreiheit der öffentlichen Körperschaften decken und damit eine Zweckmäßigkeitskontrolle zulassen.

637) Vgl. Otto Mayer, S. 711.

geber erfüllt werden; eine solche Erweiterung kann dann aber auch niemals grundsätzlich und generell eingeführt werden, sondern nur begrenzt, wenn nicht die betreffende öffentliche Körperschaft durch Verzicht auf die Funktionen des korporativen Elements zu einer abhängigen Anstalt und das Prinzip der Selbstverwaltung illusorisch werden soll.

Der Gesetzgeber hat von der Einführung einer begrenzten Zweckmäßigkeitskontrolle in zweierlei Form Gebrauch gemacht, indem er einmal bei vielen öffentlichen Körperschaften eine inhaltlich beschränkte Zweckmäßigkeitskontrolle einführte[638]), und zum anderen, indem er die Zweckmäßigkeitskontrolle nur auf bestimmte besonders wichtige Willensbetätigungen der öffentlichen Körperschaft beschränkte. Die letztgenannte Möglichkeit der gesetzlichen Einführung einer begrenzten Zweckmäßigkeitskontrolle liegt dann darin, daß der Gesetzgeber bei für den Staat besonders wichtigen Verwaltungshandlungen der öffentlichen Körperschaft der Aufsichtsbehörde das Recht der Genehmigung und damit auch deren Überprüfung auf die Zweckmäßigkeit vorbehält[639]).

II. Die Richtung der Staatsaufsicht auf alle Verwaltungshandlungen der Realgemeinde

1. Die Staatsaufsicht über die Einhaltung öffentlich- und privatrechtlicher Normen

Bisher wurde der Inhalt der Staatsaufsicht über die Realgemeinden daraufhin untersucht, ob ihr auch reine Zweckmäßigkeitsentscheidungen unterliegen. Das mußte mit Rücksicht auf die besondere Vorschrift des § 8 Ziff. 1 Abs. 1 RGGes. insoweit verneint werden, als

---

638) Z. B. § 139b der revidierten Städteordnung vom 17. März 1831 (Pr. GS., S. 10). Zu dieser Art der gesetzlichen Anordnung einer Teilzweckmäßigkeitskontrolle gehört auch die Aufsicht über die Beachtung besonderer gesetzlich bestimmter Grundsätze, die der Gesetzgeber generell für zweckmäßig gehalten hat; § 111 der 1. WVVO: „im Einklang mit den Zielen der Staatsführung" (die ja nicht notwendig einen gesetzlichen Niederschalg gefunden zu haben brauchen); § 18 RUO: „mit den Zielen dieser Verordnung". Bochalli, § 111 Anm. 2, hält fälschlich die Aufsicht über die Einhaltung der „Ziele der Staatsführung" für eine Gesetzmäßigkeitskontrolle.

639) Hier spielen besonders die Genehmigungsvorbehalte in personeller Beziehung (Bestätigung der Organe der öffentlichen Körperschaft) eine große Rolle. Genehmigungsvorbehalte in sachlicher Hinsicht enthält auch das Realgemeindegesetz (abgesehen von der Regelung des Statutenerrichtungsverfahrens) in § 8 Ziff. 1 Abs. 3 RGGes hierüber noch unten S. 192ff.

nicht durch das Gesetz an anderer Stelle ausdrücklich eine Zweckmäßigkeitskontrolle — in der Form aufsichtsbehördlicher Mitwirkungsvorbehalte — gestattet wird. Eine weitere Frage ist nun, welche Handlungen der Realgemeinden im einzelnen der Gesetzmäßigkeitskontrolle unterliegen; oder — von einer anderen Warte aus gesehen — die Beachtung welcher gesetzlicher Bestimmungen die Staatsaufsicht zu überwachen hat. Hierbei kommen in Betracht einmal die spezialgesetzlichen Bestimmungen für Realgemeinden, zum anderen die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Vorschriften und schließlich auch die privatrechtlichen Bestimmungen, die für jedermann gelten.

Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften erfüllen ihre Verwaltungsaufgaben durch fortgesetzte Willensbetätigungen. Die Beaufsichtigung der körperschaftlichen Verwaltung muß sich deshalb auf diese Willensbetätigungen erstrecken [640]). Entsprechend den Verwaltungsaufgaben der Körperschaften sind ihre Willensbetätigungen sehr vielgestaltig. Rechtlich relevante Willenserklärungen kann eine öffentliche Körperschaft auf öffentlich-rechtlichem wie auch auf privatrechtlichem Gebiet abgeben. Auf öffentlich-rechtlichem Gebiet kann die Realgemeinde durch ihren Vorstand z. B. die den Genossenschaftsmitgliedern obliegenden Lasten verteilen und zwangsweise diese Verpflichtungen durchsetzen. Auf privatrechtlichem Gebiet kann die Realgemeinde Angestellte einstellen, Holz verkaufen oder Geräte anschaffen. In den aufgeführten Beispielen wird die Realgemeinde immer in Erfüllung ihres unmittelbaren Lebenszweckes — zum Zweck der Nutzung der Allmende — tätig. Alle diese Willensbetätigungen gehören demnach zur Verwaltung ihrer Angelegenheiten.

Daneben können die Realgemeinden aber auch Handlungen vornehmen, die nicht unmittelbar zum Kreis ihrer Angelegenheiten gehören, beispielsweise freiwillig eine Bürgschaft oder die Kosten zum Bau einer Schule, Wasserleitung oder Kanalisation für die politische Gemeinde übernehmen [641]). Aber auch diese Handlungen wird man zur Verwaltung der Realgemeinde zählen müssen. Bei ihnen tritt die Realgemeinde als Rechtssubjekt auf. Sie hat sie hierdurch zu ihren Angelegenheiten gemacht. Der Staat hat deshalb auch insoweit ein Aufsichtsrecht. Hier wird er aber gegen die Übernahme nicht im Aufsichtswege einschreiten, obwohl die Realgemeinde sich nicht streng in den Grenzen ihrer gesetzlichen Zuständigkeit gehalten hat. Die Aufsichtsbehörde wird

---

640) Rosin, S. 101.

641) Dies haben unlängst anerkennenswerterweise einige Realgemeinden im Regierungsbezirk Hildesheim getan.

in diesen Fällen das Vorgehen der Realgemeinde stillschweigend [642]) billigen und damit auch diese freiwillig, zusätzlich übernommenen Aufgaben als Angelegenheiten der Realgemeinde anerkennen. Grundsätzlich wird dagegen die Aufsichtsbehörde dann einschreiten müssen, wenn die Realgemeinde außerhalb ihres gesetzlichen Zweckes zusätzlich Aufgaben übernimmt; und zwar besonders dann, wenn die Realgemeinde hierdurch ihren eigentlichen Aufgabenbereich vernachlässigt oder zwangsläufig vernachlässigen muß.

Die gesamte Verwaltung der Realgemeinden — sowohl die Willensbetätigungen im Rahmen der Erfüllung des gesetzlichen Zweckes als auch bezüglich der zusätzlich übernommenen Aufgaben — unterliegt der Staatsaufsicht. Der Staat hat der öffentlichen Körperschaft die Macht gegeben, zwar im eigenen Namen, aber insoweit als sein „mittelbarer Vertreter", eben als Körperschaft des öffentlichen Rechts, als Träger mittelbarer *Staats*verwaltung aufzutreten. Alles aber, was so mittelbar in seinem Namen geschieht, muß der Staat auf seine Gesetzmäßigkeit überprüfen können. Deshalb hat der Staat auch nicht nur darüber zu wachen, daß die spezialgesetzlichen Bestimmungen des Realgemeindegesetzes von der Realgemeinde beachtet werden, sondern ganz allgemein alle gesetzlichen Normen des öffentlichen wie des Privatrechts [643]). In der öffentlichen Verwaltung muß die Gesetzesbefolgung besonders korrekt sein. Hierüber hat die Staatsaufsicht zu wachen. Das ist der allgemeine Inhalt der Staatsaufsicht. Daneben können der Aufsichtsbehörde noch besondere Verpflichtungen auferlegt sein, die auf die speziellen Verwaltungsaufgaben der betreffenden öffentlichen Körperschaft zugeschnitten sind.

Zum Einschreiten der Aufsichtsbehörde ist, wie bereits gesagt, immer erforderlich, daß das öffentliche Interesse dies gebietet [644]). Im Regelfall wird die Gesetzesverletzung an sich schon das öffentliche Interesse am aufsichtsbehördlichen Einschreiten von Amts wegen begründen. Bei Gesetzesverletzungen zum Nachteil von Privatpersonen muß es dagegen deren Initiative überlassen bleiben, die Durchsetzung ihrer Rechte von der Aufsichtsbehörde zu verlangen. Hier hat der Staat regelmäßig keine Veranlassung, durch seine Aufsichtsbehörden zum

---

642) Außer bei der Bürgschaft, wo eine ausdrückliche Bestätigung nach § 8 Ziff. 1 Abs. 3b erforderlich ist.

643) So auch Peters, S. 242; Elleringmann, S. 29, a. A. OVG 28, S. 95; OVG 77, S. 121; Loening, S. 193, u. a., die annehmen, daß die Staatsaufsicht nur über Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen zu wachen habe.

644) Peters, S. 242.

Schutze (ausschließlich) privater Belange von Amts wegen einzuschreiten, solange er nicht angerufen ist oder ein besonderes öffentliches Interesse das Einschreiten gebietet [645]).

2. Die allgemeine Staatsaufsicht und ihre Sonderformen

Bei der Staatsaufsicht über öffentliche Körperschaften lassen sich hinsichtlich ihres Inhalts zwei Aufsichtsarten unterscheiden. Das ist einmal die Staatsaufsicht, die generell die gesamte Verwaltung aller öffentlichen Körperschaften erfaßt (allgemeine Staatsaufsicht) und zum anderen eine speziell auf bestimmte Verwaltungshandlungen zugeschnittene, die nur diese bestimmten Verwaltungshandlungen ergreift (spezielle Staatsaufsicht).

Wenn bisher von Staatsaufsicht gesprochen wurde, so war damit immer diese allgemeine Staatsaufsicht gemeint. Die spezielle Staatsaufsicht über einen Teilbereich der Verwaltung einer öffentlichen Körperschaft trägt der jeweiligen Bedeutung dieser Verwaltungsmaßnahmen besonders dadurch Rechnung, daß hier starke Aufsichtsmittel konstituiert sind (Sonderaufsichtsmittel). Jedoch handelt es sich hierbei nicht um Dienst- oder Fachaufsicht (in Auftragsangelegenheiten). Voraussetzung dafür, daß man überhaupt von einer Staatsaufsicht sprechen kann, ist nach dem wissenschaftlichen Sprachgebrauch, daß Selbstverwaltungsangelegenheiten beaufsichtigt werden.

So ist bei den Realgemeinden etwa die Verwaltung ihres Waldbesitzes unter eine spezielle Staatsaufsicht gestellt worden. Diese Forstaufsicht ist auf die Waldbewirtschaftung der Realgemeinde beschränkt. Als weitere Sonderform der Staatsaufsicht über Realgemeinden ist die Finanzaufsicht von Bedeutung. Hier handelt es sich auch um eine spezielle Staatsaufsicht deshalb, weil hierdurch nur die Finanzgebarung, also auch nur ein Teilbereich der Gesamtverwaltung der Realgemeinden beaufsichtigt wird. Das Besondere an dieser speziellen Staatsaufsicht ist nur, daß sie für alle Körperschaften des öffentlichen Rechts gilt (mit Ausnahme der Gebietskörperschaften, Religionsgesellschaften, Körperschaften des Sozialversicherungsrechts, für die insoweit schon immer eine Sonderregelung bestand). Die Beaufsichtigung der Finanzgebarung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften hat ihre Regelung im Beiträgegesetz erfahren (Abschnitt I des Gesetzes zur Erhaltung und Hebung der Kaufkraft vom 24. März 1934 [RGBl I, S. 235]) [646]).

---

645) O. Mayer, S. 719, bes. Anm. 22; vgl. auch § 8 Ziff. 1 Abs. 2 RGGes.

646) Die Weitergeltung des Beiträgegesetzes ist überzeugend von Wölbling, S. 23ff, dargetan.

a) Die Finanzaufsicht

Wenn an dieser Stelle die *Finanzaufsicht* nur kurz abgehandelt wird, so erfolgt dies deshalb, weil unlängst das Recht der Finanzaufsicht eine eingehende Darstellung gefunden hat, auf die weitgehend Bezug genommen werden kann[647]). Die vorliegende Arbeit beschränkt sich darum auf eine kurze Darstellung der gesetzlichen Bestimmungen und eine Untersuchung der Bedeutung der Finanzaufsicht für die Realgemeinden[648]).

Nach § 1 des Beiträgegesetzes (BeitrGes) sind alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu sparsamer und wirtschaftlicher Finanzgebarung verpflichtet, wobei die Leistungsfähigkeit der Mitglieder pfleglich zu behandeln ist. Diese Grundsatzbestimmung gilt für alle Personen des öffentlichen Rechts, auch für die von den übrigen Vorschriften des Beiträgegesetzes nach § 7 Abs. 1 entbundenen Verwaltungsträger. Von dieser Bestimmung können auch keine Ausnahmen für bestimmte juristische Personen des öffentlichen Rechts — wie bezüglich der übrigen Vorschriften des Beiträgegesetzes — gemäß § 7 Abs. 2 BeitrGes zugelassen werden[649]).

Vor Beginn eines jeden Rechnungsjahres haben die Vorstände der öffentlich-rechtlichen Körperschaften nach § 2 Abs. 1 BeitrGes einen Haushaltsplan und nach § 3 BeitrGes die Höhe der Beiträge oder Umlagen für das kommende Rechnungsjahr festzustellen. Die Feststellung der Umlagen oder Beiträge bedarf der Genehmigung des zuständigen Bundesministers bzw. Landesministers (bei landesrechtlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts) unter Zustimmung des Bundes- bzw. Landesfinanzministers. Die Haushaltspläne bedürfen dagegen lediglich der Genehmigung des zuständigen Bundes- bzw. Landesministers; sie sind jedoch dem Bundes- bzw. Landesfinanzminister mitzuteilen (§ 4 Abs. 1 BeitrGes). Nach Abschluß des Rechnungsjahres haben die Vorstände über alle Einnahmen und Ausgaben des abgeschlossenen Rechnungsjahres in Form einer „Haushaltsrechnung" Rechnung zu legen. Die Entlastung wird vom zuständigen Minister und Finanzminister erteilt (§ 5 BeitrGes). Durch die zusätzliche Anordnung der sinngemäßen Anwendung der Reichshaushaltsordnung (§ 6 BeitrGes) ist die Finanzgebarung der Träger mittelbarer Staatsverwaltung dem der gesamten staatlichen Verwaltung technisch angeglichen worden.

647) Wölbling, S. 61ff.

648) Vorweg ist jedoch zu bemerken, daß die im Beiträgegesetz normierte Finanzaufsicht tatsächlich in der Praxis nicht wahrgenommen wird.

649) In § 1 BeitrGes liegen die Richtlinien für eine begrenzte Zweckmäßigkeitsaufsicht („sparsame und wirtschaftliche Finanzgebarung").

Für die Realgemeinden ist von Bedeutung, daß für die Finanzaufsicht eine weitere besondere Aufsichtsinstanz entgegen der Regelung des Realgemeindegesetzes (§ 8 Ziff. 1 Abs. 1 RGGes) dadurch eingeführt worden ist, daß die Niedersächsischen Minister des Innern [650]) und der Finanzen die Genehmigung der Feststellung der *Umlagen* [651]) und die Entlastung zu erteilen haben, und der Niedersächsische Innenminister den Haushaltsplan zu genehmigen hat.

Die Bestimmungen des Beiträgegesetzes werden den besonderen Verhältnissen der hannoverschen Realgemeinden nicht gerecht. Schon die korrekte Ausführung des Beiträgegesetzes würde bei der Vielzahl der Realgemeinden eine solche Mehrbelastung der Ministerien herbeiführen, daß zumindest eine nach § 8 Abs. 1 BeitrGes mögliche Übertragung der Aufsichtsrechte des Beiträgegesetzes auf nachgeordnete Behörden erforderlich erscheint [652]).

Darüber hinaus ist aber zu erwägen, ob nicht eine generelle Ausnahmeregelung nach § 7 Abs. 2 BeitrGes für die Realgemeinden angebracht ist. Die Realgemeinden sind im Verhältnis zu anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften für den Staat von minderer Bedeutung. Außerdem verfolgen sie wirtschaftliche Zwecke. Die Nutzung und der Ertrag des Realgemeindevermögens kommt unmittelbar ausschließlich den Mitgliedern zugute. Schon im eigenen Interesse sind diese deshalb an sparsamer und wirtschaftlicher Finanzgebarung interessiert. Die Finanzgebarung unterliegt außerdem bei den Realgemeinden ausschließlich dem Einfluß der Mitglieder. Hier ist die Gefahr einer übertriebenen Verschwendung (etwa durch zu hohe Verwaltungsunkosten) nicht so groß, da es sich immer um das eigene Vermögen der Mitglieder handelt, während bei anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts diese Gefahr schon deshalb größer ist, weil hier die Finanzgebarung häufig von Organen geleitet wird, deren eigene Interessen nicht unmittelbar beteiligt sind. Die Kontrolle durch die Mitglieder der Realgemeinde macht deshalb schon weitgehend eine staatliche Finanzaufsicht entbehrlich.

Doch ist bei diesen Vorschlägen eine Gefahr nicht zu übersehen, daß nämlich die Mitglieder auf Kosten ihrer Nachfahren Raubbau treiben und die Substanz des Vermögens ungehindert angreifen könnten. Aber auch hier hat zumindest für den südlichen Teil des Landes Niedersachsen der Gesetzgeber durch die Forstaufsicht im gewissen

---

650) Als zuständiger Landesminister — unter Beteiligung des Ministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten — vgl. § 12 RGGes.

651) Vgl. § 8 Ziff. 3 RGGes.

652) Vgl. hierzu W ö l b l i n g a. a. O.

Umfang einen Riegel vorgeschoben. Schließlich scheint eine Ausnahmeregelung vom Beiträgegesetz für Realgemeinden auch deshalb erforderlich, weil die Bewirtschaftung eines forst- und auch eines landwirtschaftlichen Betriebes sich nicht leicht nach einem Haushaltsplan vornehmen läßt. Die Forst- und Landwirtschaft braucht — wie überhaupt die Wirtschaft — in der Bewirtschaftung und Wirtschaftsführung eine gewisse Beweglichkeit. Die Bewirtschaftung erfolgt hier nach kaufmännischen Gesichtspunkten (§ 7 Abs. 2 Ziff. 1 BeitrGes). Das starre System der staatlichen Finanzgebarung ist für ein auf Erwerb gerichtetes Unternehmen nur bedingt brauchbar[653]). Allerdings ergibt sich auf Grund des § 6 BeitrGes in Verbindung mit § 15 der Reichshaushaltsordnung vom 31. Dezember 1922 (RGBl 1923 II, S. 17) in der Fassung des Ges. vom 13. Dezember 1933 (RGBl II, S. 1007) für die Realgemeinden als „kaufmännisch eingerichtete Betriebe" eine große Auflockerung dieses Systems, da deren Haushaltspläne keine getrennte Veranschlagung der Einnahmen und Ausgaben zu enthalten brauchen. Aber auch diese Sonderregelung ermöglicht den Realgemeinden noch nicht die erforderliche Beweglichkeit in ihrer Wirtschaftsführung.

b) Die Forstaufsicht

Die *Forstaufsicht* nimmt im Rahmen der Staatsaufsicht eine Sonderstellung ein. Das erklärt sich zunächst aus ihrer historischen Entwicklung. Ihren Ursprung hat die Forstaufsicht in der markgenossenschaftlichen Obermärkergewalt[654]). Bis zum 18. Jahrhundert ist die Forstaufsicht über Gemeindewälder in einem solch starken Umfang ausgebaut worden, daß die Gemeinden bei der Verwaltung ihrer Forsten nahezu jede Selbständigkeit verloren hatten und unter der absoluten Bevormundung („Kuratel") der grundherrschaftlichen und landesherrlichen Forstpolizei standen. Die durch den Freiherrn vom Stein ausgelösten Reformen des Gemeinderechts haben die Forstaufsicht nur wenig berührt. Die Forstgesetzgebung des 19. Jahrhunderts, die in Niedersachsen durchweg noch heute die gesetzliche Grundlage der Forstaufsicht ist, bewegt sich noch vornehmlich in den Bahnen polizeistaatlichen Denkens. Aus diesem Grunde steht die Forstaufsicht systematisch in einem gewissen Gegensatz zur Staatsaufsicht (Körperschaftsaufsicht), die auf der Selbständigkeit und Mündigkeit von Selbstverwaltungskörpern aufbaut. Die Forstaufsichtsgesetzgebung stellt einen

---

653) Vgl. Weber, S. 68.

654) K. Mantel im Neudammer Forstlichen Lehrbuch, 2. Band, S. 551.

geschlossenen Komplex dar und war schon lange vor Erlaß des Realgemeindegesetzes abgeschlossen [655]).

Ein weiterer sachlicher Gegensatz der Forstaufsicht zur allgemeinen Staatsaufsicht ergibt sich aber auch daraus, daß beide von einem verschiedenen Grundgedanken geleitet werden. Die Forstaufsicht hat die Überwachung einer Vermögensverwaltung (Wirtschaftsführung) zum Inhalt. Während nämlich die allgemeine Vermögensverwaltung öffentlicher Körperschaften unter einem, dem § 60 der rev. DGO entsprechenden Leitsatz, mit möglichst wenig Kosten den bestmöglichen Ertrag aus dem Körperschaftsvermögen zu erzielen, steht, kann dieser Grundsatz für die Verwaltung eines Waldbesitzes sowohl für die Allgemeinheit als auch für den Forsteigentümer sehr schädlich werden. Bei der allgemeinen Staatsaufsicht (Aufsicht über die Vermögensverwaltung) steht die Sicherstellung des Ertrages in der Gegenwart im Vordergrund. Dagegen bezweckt die Forstaufsicht in erster Linie eine Ertragssicherung und -vermehrung für die Zukunft [656]). Die allgemeine Staatsaufsicht (Vermögensaufsicht) ist subsidiär zu der speziellen Staatsaufsichtsform der Forstaufsicht; d. h. die Grundsätze der allgemeinen Staatsaufsicht sind erst dann anwendbar, wenn besondere Forstaufsichtsgesetze nicht bestehen (wie z. B. im nördlichen Niedersachsen) oder im einzelnen nicht Platz greifen (z. B. bei der Verwertung des Forstertrages).

Schließlich ergibt sich noch eine Besonderheit der Forstaufsicht gegenüber der allgemeinen Staatsaufsicht dadurch, daß die Forstaufsicht von anderen Aufsichtsbehörden ausgeübt wird als die allgemeine Staatsaufsicht über Realgemeinden nach § 8 Ziff. 1 Abs. 1 RGGes [657]). Das alles rechtfertig es, die Forstaufsicht geschlossen abzuhandeln, wobei nach der Darstellung des gegenwärtigen Rechtszustandes noch eine Untersuchung darüber anzustellen ist, ob die Forstaufsicht überhaupt der Staatsaufsicht zugerechnet werden kann, ob es sich hier um eine Dienst- oder Fachaufsicht handelt, oder ob sich die Forstaufsicht als ein eigenartiges Annex der allgemeinen Staatsaufsicht darstellt.

Die gesetzliche Grundlage der Forstaufsicht über Realgemeinden ist die gleiche, wie sie für die Verwaltung der Gemeindeforsten gilt. Nach § 2 des Gesetzes über die gemeinschaftlichen Holzungen vom

---

655) Die hier interessierende Forstgesetzgebung war schon Mitte des 19. Jahrhunderts zum Stillstand gekommen. Seitdem sind keine neuen einschlägigen Forstgesetze ergangen.

656) Vgl. hierzu im einzelnen Mantel, a. a. O., S. 551 f; S. 422 ff.

657) Erst in der zweiten Aufsichtsinstanz treffen sich Forst- und Staatsaufsicht beim Regierungspräsidenten.

14. März 1881 (Pr. GS, S. 261)[658]) unterliegen Holzungen der Realgemeinde, „insoweit sie sich nach ihrer Beschaffenheit und ihrem Umfange zu einer forstmäßigen Bewirtschaftung eignen" — also regelmäßig —, „hinsichtlich des Forstbetriebes und der Benutzung der Aufsicht des Staates nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen, welche in den einzelnen Landesteilen für die Holzungen der Gemeinden gelten". § 1 a. a. O. hebt ausdrücklich hervor, daß nur gemeinschaftlicher Forstbesitz, soweit die Gemeinschaft nicht „durch ein besonderes privatrechtliches Verhältnis entstanden ist", diesem Gesetz unterliegt, und zählt dann beispielhaft die verschiedenen Bezeichnungen für die Realgemeinden auf. Daraus folgt, daß die Gleichstellung mit der Forstaufsicht über den Kommunalwald nur für Körperschaftsforsten gilt, soweit diese Körperschaften ihren Ursprung in den alten Markgenossenschaften haben. Der Staat leitet also seine Forstaufsichtsbefugnis aus dem öffentlich-rechtlichen Ursprung dieses Waldbesitzes ab. Privatwaldbesitz ist von dieser Forstaufsicht regelmäßig frei. Sie ist demnach eine typisch körperschaftliche Aufsichtsform. Da das Gesetz über die gemeinschaftlichen Holzungen vor dem Realgemeindegesetz erging, konnte es eine Unterscheidung zwischen den privatrechtlichen Realgemeinden (ohne Statut) und den öffentlich-rechtlichen (mit Statut) nicht vornehmen. Deshalb unterstehen den Bestimmungen des Forstaufsichtsrechts auch die Realgemeinden ohne Statut, die sich als juristische Personen des Privatrechts darstellen. Offenbar sieht das Gesetz über die gemeinschaftlichen Holzungen alle Realgemeinden (und im übrigen ehemaligen Preußen alle Überreste der alten Markgenossenschaften) als öffentlich-rechtliche Körperschaften an, da es alle anderen privatrechtlichen Gemeinschaften ausdrücklich von seiner Regelung ausgenommen hat[659]).

Das durch das Gesetz von 1881 für anwendbar erklärte Gemeindeforst-Aufsichtsrecht in Niedersachsen ist nicht einheitlich geregelt. Als Grundsatz läßt sich feststellen, daß im waldreichen südlichen Niedersachsen das System der staatlichen Beförsterung, im waldarmen Nordniedersachsen lediglich das System der allgemeinen staatlichen Vermögensaufsicht ohne spezielle Gemeindeforstaufsicht gilt.

---

658) Durch § 11 Abs. 2 RGGes ist das bestehende Forstaufsichtsrecht ausdrücklich aufrechterhalten worden.

659) Allein aus der Unterstellung unter die Forstaufsicht kann allerdings für die Realgemeinden ohne Statut nicht die Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts hergeleitet werden (so auch Westermann, S. 231, Anm. 43), anderenfalls wären ja auch alle Überreste der alten Markgenossenschaften im übrigen ehemaligen Preußen als öffentliche Körperschaften anzusehen. Vgl. im übrigen oben Anm. 456.

In dem Gebiet der ehemaligen Fürstentümer Calenberg, Göttingen, Grubenhagen und den damit verbundenen Landesteilen (Eichsfeld) ist das System der staatlichen Beförsterung durch das hann. Gesetz betreffend die Verwaltung der Gemeinde- und Kirchenforsten vom 10. Juli 1859 (Hann. GS, S. 725) nebst der Bekanntmachung vom 26. Juli 1859 (Hann. GS, S. 739) eingeführt worden [660]). Diese gesetzlichen Bestimmungen bilden heute noch die gesetzliche Grundlage der Forstaufsicht in diesem Bezirk (das sind die südlichen Teile der Regierungsbezirke Hannover und Hildesheim). Für den Bereich des ehemaligen Fürstentums Hildesheim ist durch die Verordnung über die Bewirtschaftung der den Gemeinden usw. zustehenden Forsten vom 21. Oktober 1815 (Hann. GS, S. 886) [661]) das das System der staatlichen Beförsterung einführende königlich westfälische Dekret vom 29. März 1808 — Gesetzesbulletin 1. Teil Nr. 35, S. 659 — ausdrücklich aufrecht erhalten (Vorspruch a. a. O.) und weiter ausgebaut worden. Diese Bestimmungen haben ihre Ergänzung in den ebenfalls noch geltenden Ausführungsbestimmungen vom 26. August 1837, vom 12. 3. 1849 und vom 26. Juli 1859 [661]) erhalten.

Im Bereich der ehemaligen Landdrostei Hannover unter Ausschluß des Fürstentums Calenberg (§ 9 des Gesetzes von 1859 [662])) gilt auf Grund der Verwaltungsordnung für die Forsten der Landgemeinden im Bezirke der Landdrostei Hannover vom 1. September 1830 (Hann. GS III, S. 247) [663]) ein von dem in Hildesheim und Calenberg, Göttingen, Grubenhagen herrschenden Beförsterungssystem etwas abweichendes Prinzip, das Spohr [664]) als besondere staatliche (Forst-)Aufsicht bezeichnet, das aber in seinem hier interessierenden Grundgedanken dem System der staatlichen Beförsterung bedenkenlos gleichgestellt werden kann.

In den übrigen Landesteilen der ehemaligen Provinz Hannover [665]) war die Forstaufsicht über Gemeinden und Realgemeinden nicht besonders geregelt außer durch die allgemeine Bestimmung des § 15 der Ausführungsbekanntmachung vom 28. April 1859 (Hann. GS, S. 409) zum hannoverschen Gesetz die Landgemeinden betreffend, vom gleichen Tage (Hann. GS, S. 393) (§ 15 stimmt inhaltlich etwa mit § 2

660) Diese Bestimmungen sind dann durch die Verordnung vom 30. Oktober 1860 (Hann. GS, S. 164) in ihrem räumlichen Geltungsbereich auf die Grafschaft Hohenstein ausgedehnt worden.

661) Abgedruckt bei Ebhardt, 7. Band, Abtlg. VI, S. 633.

662) Also besonders in der Grafschaft Hoya und Diepholz.

663) Abgedruckt bei Ebhardt, 7. Band, Abtlg. VI, S. 636.

664) Spohr, Realgemeinde, S. 49, Anm. 47.

665) Regierungsbezirk Osnabrück, Lüneburg, Stade, Aurich.

des erwähnten preußischen Gesetzes von 1881 überein). In diesem Gebiet war und ist die Forstaufsicht nicht mit Sonderrechten ausgestattet. Sie wird nur im Rahmen der allgemeinen Staatsaufsicht zur Substanzerhaltung ausgeübt, und zwar ausschließlich durch die Aufsichtsbehörde und nicht durch die Behörden der Forstverwaltung. Da sich hier keine Besonderheiten ergeben, können diese Landesteile bei der weiteren Behandlung der Forstaufsicht außer Betracht bleiben. Die Forstaufsicht ist dort in der allgemeinen Vermögensverwaltungsaufsicht insofern enthalten, als die Aufsichtsbehörden bei der Ausübung der allgemeinen Staatsaufsicht spezielle forstwirtschaftliche Gesichtspunkte beachten müssen. Das zeigt sich besonders bei der Beratung der Realgemeinden. Bei forstfeindlicher Bewirtschaftung durch die Realgemeinde hat die Aufsichtsbehörde hier keine unmittelbaren Eingriffsrechte, es sei denn, daß gegen forstpolizeiliche Bestimmungen verstoßen wird, die allgemein auch für Private gelten [666]) [667]).

Auf Grund des Systems der staatlichen Beförsterung ist in den genannten Landesteilen den Realgemeinden die forstliche Betriebsführung weitgehend aus der Hand genommen und den staatlichen Forstämtern übertragen. Die Richtschnur für die forstliche Bewirtschaftung (Holzung und Aufforstung) eines Waldbesitzes bilden die Wirtschaftspläne [668]) und die alljährlichen Betriebspläne. Hier werden der Umfang des Gesamteinschlages, seine Verteilung auf die einzelnen Distrikte des Waldbesitzes sowie die Forstkulturarbeiten festgelegt. Die Aufstellung dieser Wirtschafts- und Betriebspläne erfolgt durch die staatlichen Forstämter [669]) bzw. durch die staatlichen Forstinspektionen [670]), jeweils nach Anhörung des Realgemeindevorstandes. Werden bei der Aufstellung die Wünsche der Realgemeinde nicht berücksichtigt, so kann die Realgemeinde innerhalb einer Ausschlußfrist von 20 Tagen die Entscheidung des Regierungspräsidenten („Landdrostei") und darauf die Entscheidung des Ministers des Innern an-

666) Z. B. gegen die Verordnung zur Förderung der Nutzholzgewinnung vom 30. Juli 1937 (RGBl I, S. 876), deren Weitergeltung unbestritten ist.

667) Vgl. allgemein zur Forstaufsicht noch Mantel, Forstpolitik in: Neudammer forstliches Lehrbuch, 2. Bd., S. 553 ff; v. Hagen-Donner, 1. Bd., 2. Aufl., S. 73 f; E. Schlickmann, 3. Aufl., S. 762.

668) Sie erstrecken sich über mehrere Jahre.

669) §§ 2, 3 Ziff. 1 u. 2 des Gesetzes für die Fürstentümer Calenberg, Göttingen und Grubenhagen von 1859; § 8 der Ausführungsbekanntmachung von 1859.

670) § 3 der Bekanntmachung für das Fürstentum Hildesheim vom 12. März 1849 (Hann. GS III, S. 10); § 8 VerwO. für die Landdrostei Hannover von 1830.

rufen[671]). Die allgemeinen Wirtschaftspläne sind auch dann, wenn sie den Wünschen der Realgemeinde entsprechen, vom Regierungspräsidenten zu genehmigen[672]). Die Bewirtschaftung der Forsten hat streng nach den Wirtschafts- und Betriebsplänen zu erfolgen. Abweichungen bedürfen der besonderen Genehmigung der Forstinspektion bzw. des Regierungspräsidenten[673]).

Wenn schon durch die Feststellung der Wirtschafts- und Betriebspläne seitens der Forstbehörden den Realgemeinden die gesamte Wirtschaftsplanung aus der Hand genommen ist und ihnen nur ein Widerspruchsrecht zusteht, so liegt darüber hinaus auch die *Ausführung* der Wirtschafts- und Betriebspläne vornehmlich bei den staatlichen Forstbeamten[674]). Die Aufnahme, Feststellung und Sorge für die Ausführung der jährlichen Hauungen und Kulturen, die Auszeichnung und Abnahme der Schläge, die Überweisung der Erträge derselben und sogar die Anweisung etwaiger Nebennutzungen (Gras, Weide, Steinbrüche) wird von den Beamten der staatlichen Forstämter vorgenommen[675]), wenn dies dem staatlichen Forstamt angezeigt erscheint[676]). Gegen alle diesbezüglichen Entscheidungen stand der Realgemeinde schon nach dem alten hannoverschen Recht ein Rechtsmittel zu[677]).

Die Ausführungen der Wirtschafts- und Betriebspläne kann die Realgemeinde aber auch durch eigene Forstangestellte (Forstaufsichtspersonal) ausführen lassen. Diese unterstehen dann aber „dem Befehl und der Dienstaufsicht" des staatlichen Forstamtes[678]). Die Realgemeinden haben für diese staatliche Betriebsverwaltung einen minimalen Beitrag von einem hannoverschen Groschen pro Morgen und Jahr (heute etwa zehn Pfennig) zu leisten. Vollständig frei sind die Realgemeinden lediglich in der Verwendung des gewonnenen Holzes, obwohl in der Praxis die Forstämter auch den Verkauf freiwillig übertragen bekommen haben[679]).

---

671) § 4 des Gesetzes von 1859; § 8 der Ausf.-Best. von 1859; § 5 der Bekanntmachung von 1849; § 9 der VerwO von 1830. Heute ist an die Stelle des Innenministers der Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten getreten.

672) § 9 der Ausf.-Best. von 1859.

673) § 10 der Ausf.-Best. von 1859; § 7 der Bekanntmachung von 1849; § 8 der VerwO. von 1830.

674) § 6 der Bekanntmachung von 1849.

675) § 3 Ziff. 2 des Gesetzes von 1859.

676) § 14 der Ausführungsbestimmung von 1859.

677) Vgl. § 5 der Bekanntmachung von 1849.

678) § 6 Abs. 2 des Gesetzes von 1859; § 5 Abs. 2 der VerwO. von 1830.

679) § 3 Abs. 2 des Gesetzes von 1859; ähnlich § 1 der Verordnung

Das System der staatlichen Beförsterung hat sich in Südniedersachsen sehr bewährt[680]) und entspricht nach der Ansicht von maßgebenden Forstpolitikern am besten den forstpolitischen Forderungen[681]). Der Zustand der Genossenschaftsforsten im niedersächsischen Bergland, wo das System der staatlichen Beförsterung gilt, ist im Vergleich zum niedersächsischen Flachland, wo keine besondere Forstaufsicht besteht, sehr viel besser. Immerhin erscheint es zweifelhaft, ob die Forstaufsicht in dieser straffen Form erforderlich ist, oder ob den Realgemeinden mit Rücksicht auf ihr eigenes Interesse an einer ordnungsgemäßen Forstbewirtschaftung nicht doch ein größeres Maß an Selbständigkeit belassen werden sollte. Gewiß besteht die Gefahr, daß, wenn man den Realgemeinden den Betriebsvollzug selbständig überläßt, die aufgestellten Wirtschafts- und Betriebspläne schlecht ausgeführt werden, daß „richtige Anordnungen schlecht durchgeführt werden" können[682]). Wenn man aber die Wirtschafts- und Betriebspläne der Realgemeinden etwa in der Form eines durch die Forstaufsichtsbehörde genehmigten Statuts (Forstbetriebssatzung und Forsthaushaltspläne) erließe, würde die falsche Ausführung dieser Pläne durch die Mittel der allgemeinen Staatsaufsicht als Verletzung objektiven Rechts korrigiert werden können. Die Auszeichnung der nach dem Betriebsplan zu schlagenden Bäume wäre dann ausschließlich Aufgabe der Realgemeinden. Hierbei ist jedoch zu bedenken, daß gerade diese Arbeit erhebliche Fachkenntnisse verlangt und daß nur größere Realgemeinden oder mehrere Realgemeinden gemeinsam zur Anstellung eines forstlich vorgebildeten Försters (der eventuell von der Forstaufsichtsbehörde zu bestätigen wäre) in der Lage sein werden. Jedenfalls wäre etwa in dieser Form eine reine Forstselbstverwaltung denkbar.

Nach dem gegenwärtigen Rechtszustand ist es schwer, die Aufsichtsform des Beförsterungssystems unter eine der bekannten Aufsichtstypen: Staats- oder Dienstaufsicht einzuordnen. Bei einem solchen Versuch ist zunächst die Frage zu beantworten, ob die forstliche Betriebsverwaltung eine Selbstverwaltungs- oder eine Auftragsangelegenheit ist. Von einer Auftragsangelegenheit wird man hier kaum spre-

---

von 1815. Das gilt nur mit Einschränkungen für die Grafschaften Hoya und Diepholz; vgl. § 12 der VerwO. von 1830.

680) Vgl. Loeb-Caldenhof, S. 63, Anm. 1 und 2.

681) Mantel, a. a. O., S. 553; Denkschrift des Verbandes höherer Kommunalforstbeamten: Kommunale Forstverwaltung in Preußen, S. 15 f.

682) Mantel, S. 553.

chen können[683]). Ihrem Wesen nach — aber wohl nicht nach ihrer gesetzlichen Ausgestaltung — wird man die Forstbetriebsverwaltung der Realgemeindeforsten zu den Selbstverwaltungsangelegenheiten der Realgemeinde rechnen müssen[684]). Eigentümer des Waldbesitzes der Realgemeinde ist nicht der Staat (von ganz seltenen Ausnahmefällen abgesehen), sondern die Realgemeinde selbst. Die Verwaltung und Nutznießung dieses eigenen Grundbesitzes kann deshalb schon keine vom Staat übertragene Angelegenheit sein. Hier handelt es sich ihrem Charakter nach um eine ureigene Angelegenheit der Realgemeinde, derentwegen diese ja überhaupt besteht und die bei weitem den größten Teil ihrer Aufgaben ausmacht[685]).

In der gesetzlichen Ausgestaltung ist aber der Realgemeinde, wie oben schon gezeigt, die Eigenverwaltung in forstlicher Hinsicht weitgehend entzogen worden. Die Aufstellung der Wirtschafts- und Betriebspläne erfolgt durch die staatlichen Forstaufsichtsbehörden. Für diese Verwaltungshandlungen, die wesensmäßig — als eigene Angelegenheiten — an sich der Realgemeinde zustehen, ist nicht diese, sondern die Forstaufsichtsbehörde zuständig. Doch bleibt auch hierbei für die Willensbetätigung der Realgemeinden von Gesetzes wegen insofern Raum, als diese Pläne nur nach Anhörung der Realgemeinde festgestellt werden können. Die Realgemeinde hat mithin ein Vorschlagsrecht, also ein — allerdings untergeordnetes — Mitverwaltungsrecht.

Die Ausführung der Wirtschafts- und Betriebspläne wird fast ausschließlich durch staatliche Organe bzw. durch von der Realgemeinde angestellte, aber unter der Dienstaufsicht der staatlichen Forstverwaltung stehende Förster (Forstschutzpersonal) wahrgenommen. Hieraus folgt eine weitgehende Unselbständigkeit der Realgemeinden, die wiederum in Widerspruch zu den üblichen Ausgestaltungen der Selbstverwaltungsangelegenheiten steht. Soweit die von der Realgemeinde angestellten Förster unter der Dienstaufsicht der staatlichen Forstämter stehen, handelt es sich um eine Regelung wie bei Auftragsangelegenheiten. Die Forstaufsicht ist hier reine unbeschränkte Zweckmäßigkeitsaufsicht. Soweit die staatlichen Forstämter die Verwaltungsangelegenheiten selbst wahrnehmen, handelt es sich um eine Regelung, die sogar noch stärker die Durchsetzung des staatlichen Willens

683) A. A. ohne nähere Begründung Peters, S. 249, i. V. m. S. 203 f.

684) So auch hinsichtlich der Forstbetriebsverwaltung durch die politischen Gemeinden Kunz-Cuna-Theißig, 2. Aufl., S. 94.

685) Vgl. die Zusammenstellung der Lehrmeinungen zu diesem Fragenkomplex bei Peters, S. 186 ff, bes. S. 189 f.

gewährleistet als bei Auftragsangelegenheiten, da hier der Staat durch seine unmittelbaren Organe selbst handelt. Man könnte hier von einer generellen, vorsorglichen Ersatzvornahme durch die Forstaufsichtsbehörde oder von einer Art Sequestration sprechen.

Andererseits wird der Tatsache, daß es sich bei der Forstbetriebsverwaltung um eine wesensmäßig eigene Angelegenheit der Realgemeinde handelt, dadurch Rechnung getragen, daß den Realgemeinden das Recht eingeräumt ist, gegen die Entscheidungen der Forstämter förmliche Rechtsmittel einzulegen. Das widerspricht aber wiederum den Grundsätzen der Dienstaufsicht und weist eine Parallele zu der Regelung der Staatsaufsicht auf. In Auftragsangelegenheiten jedenfalls wäre die Einlegung von förmlichen Rechtsmitteln gegen Anweisungen der vorgesetzten Behörde schlechterdings nicht möglich.

Nach alledem muß man zu dem Ergebnis kommen, die Forstaufsicht über Realgemeinden nach dem System der staatlichen Beförsterung als eine sachlich begrenzte Sonderform einer Körperschaftsaufsicht anzusehen, die in sich die Wesenszüge der Dienstaufsicht und der Staatsaufsicht vereint. Die Forstbetriebsverwaltung der Realgemeinden kann dabei zur Verwaltung in Auftragsangelegenheiten dadurch in Vergleich gesetzt werden, daß hier der Staat in Körperschaftsangelegenheiten, dort die Körperschaft in staatlichen Angelegenheiten handelt.

III. Die Aufsichtsmittel

1. Die allgemeinen Aufsichtsmittel

Eine alte Streitfrage im Recht der Staatsaufsicht ist, ob der Aufsichtsbehörde zur Geltendmachung ihres Aufsichtsrechts nur diejenigen Mittel zu Gebote stehen, die ihr das Gesetz ausdrücklich in die Hand gibt, oder ob mit der Staatsaufsicht notwendigerweise ein System von Aufsichtsmitteln verbunden ist, die im einzelnen nicht unbedingt normiert zu sein brauchen[686]). Dieser Meinungsstreit hat für die Staatsaufsicht über Realgemeinden deshalb erhebliche Bedeutung,

---

686) Die erste Ansicht wird vertreten von: Rosin, S. 109, Loening, S. 241 ff; Preuß, Amtsrecht, S. 116. Die zweite und heute herrschende Meinung wird vertreten von O. Mayer, 2. Bd., 2. Aufl., S. 715 ff; Hoffmann, S. 51 f; Weber, S. 23 f, spricht von einem „spezifischen System, das sich aus einer Fülle von Einzelregelungen, ergänzt durch gewohnheitsrechtliche Grundsätze", im wesentlichen entsprechend der Regelung der Kommunalaufsicht und der Staatsaufsicht über Wasser- und Bodenverbände aufbaut. — Am weitesten geht Jeß, S. 21 f, der der Aufsichtsbehörde jedes Mittel, gleichgültig, ob gesetzlich generell oder im Einzelfall vorgesehen oder nicht, zugestehen will, um ihren Willen durchzusetzen.

weil die einschlägigen Bestimmungen des Realgemeindegesetzes (§ 8 Ziff. 1 Abs. 3, § 8 Ziff. 2, § 8 Ziff. 6 RGGes)[687]) ein geschlossenes System von Aufsichtsmitteln nicht erkennen lassen. Es fragt sich deshalb, ob die Aufführung der im Realgemeindegesetz normierten Aufsichtsmittel beispielhaft für ein gewohnheitsrechtlich bestehendes System oder erschöpfend erfolgt ist.

Die von Rosin und seinen Anhängern vertretene Ansicht, daß „nach den Grundsätzen des Rechtsstaates und den Feststellungen der positiven Gesetze der Aufsichtsbehörde zur Geltendmachung ihres Aufsichtsrechts nur diejenigen Aufsichtsmittel zur Verfügung stehen, welche ihr das Gesetz bewilligt", ist nicht haltbar. Die Unterstellung einer Körperschaft unter die Staatsaufsicht muß gleichzeitig die Zurverfügungstellung der erforderlichen Aufsichtsmittel enthalten, ohne daß diese im einzelnen aufgezählt zu sein brauchen. Anderenfalls wäre die bloße Anordnung einer Staatsaufsicht illusorisch, ihre gesetzliche Festlegung ohne die Bestimmung, wie die Aufsichtsbehörde tätig werden soll, eine lex imperfecta. Die generelle Normierung der Staatsaufsicht stellt sich somit vielmehr als eine Generalklausel zur Anwendung der erforderlichen und ausreichenden Aufsichtsmittel dar. Durch diese Generalklausel wird die Anwendung eines Systems von Aufsichtsmitteln gedeckt, ohne daß der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verletzt wird[688]). Eine andere Frage ist, ob der Gesetzgeber durch die Aufzählung nur einzelner Aufsichtsmittel dieses Systems im Realgemeindegesetz die Anwendung der anderen Mittel ausschließen wollte. Das ist aber nicht anzunehmen, da dann diese Beschränkung wohl ausdrücklich hätte vorgenommen werden müssen, wie dies an anderer Stelle[689]) geschehen ist.

Die Gesetzgebungspraxis, die Rechtslehre und die Rechtsprechung haben ein System von allgemeinen Aufsichtsmitteln herausgearbeitet, die zur Wahrnehmung der Staatsaufsicht erforderlich, aber auch ausreichend sind. Dieses System ist lückenlos, d. h. es enthält alle überhaupt möglichen *allgemeinen* Aufsichtsmittel. Nicht in dieses System gehörende Mittel sind für die Ausübung der Staatsaufsicht nicht ge-

---

687) Unberücksichtigt bleiben dabei die gesetzlich normierten Aufsichtsmittel bei Statutserrichtung und die der Forst- und Finanzaufsicht, da diese bereits ausgeklammert und schon dargestellt wurden.

688) Darüber hinaus hält Peters, S. 227 f, auf Grund dieses Generaltitels auch eine Ermessenskontrolle durch die Aufsichtsbehörde für zulässig. Insoweit kann Peters nicht gefolgt werden, wie oben S. 164, ausgeführt wurde.

689) Vgl. z. B. § 114 Provinzialordnung.

nerell erforderlich und können deshalb auch nicht unmittelbar aus dem Wesen der Staatsaufsicht abgeleitet werden. Sie können nur als Sonderaufsichtsmittel auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung konstituiert werden.

Man hat versucht, die einzelnen Aufsichtsmittel unter verschiedenen ordnenden Gesichtspunkten zusammenzustellen[690]). In der vorliegenden Arbeit soll der von Hoffmann[691]) gewählten Systematik gefolgt werden. Sie bietet den Vorteil einer klaren Trennung der allgemeinen von den Sonderaufsichtsmitteln.

Hoffmann unterscheidet die allgemeinen Aufsichtsmittel ersten Grades und die allgemeinen Aufsichtsmittel höheren Grades. Zur ersten Gruppe zählt er das allgemeine Informationsrecht mit seinen Unterarten, das Beratungsrecht, das Aufhebungsrecht und das Anordnungsrecht, zur zweiten Gruppe die Ersatzvornahme mit ihren Unterarten und die Bestellung eines Staatskommissars.

a) Die allgemeinen Aufsichtsmittel ersten Grades

Um die tatsächlichen Voraussetzungen einer Überwachung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Genossenschaftsangelegenheiten zu schaffen, muß der Aufsichtsbehörde das Recht zustehen, sich in geeigneter Form über die internen Vorgänge in der Realgemeinde zu unterrichten. Das *Informationsrecht* wird darum auch mit Recht allgemein als selbstverständliches Aufsichtsmittel, ja als „Aufsichtsrecht im eigentlichen und engeren Sinne" angesehen[692]). Bei einer strengen Verbalauslegung des Begriffes „Staatsaufsicht" wird man das Informationsrecht hierin immer enthalten finden. Dem Informationsrecht der Aufsichtsbehörde steht auf Seiten der Realgemeinde die Pflicht gegenüber, entweder nur die Kenntnisnahme zu dulden (Akteneinsichtnahme an Ort und Stelle durch einen Beauftragten der Aufsichtsbehörde oder durch Übersendung der Akten zu gewähren, Wald-, Ortsbesichtigungen und Inspektionen zu dulden usw.) oder auf Anforderung über bestimmte Tatsachen und Vorgänge — meist solche, die nicht aktenkundig sind — mündlich oder schriftlich zu berichten. Zu ihrer Information kann die Aufsichtsbehörde einen Beauftragten als Beobachter zu den Sitzungen des Vorstandes und der Genossenschaftsversammlung entsenden. Grundsatz für alle Formen des Informationsrechts ist, daß die Realgemeinde keine Geheimnisse vor ihrer Aufsichtsbehörde haben darf.

690) Vgl. die Übersicht über die verschiedenen Einteilungsprinzipien bei Peters, S. 229 ff.

691) Hoffmann, S. 57 ff. Im wesentlichen ebenso Scholl, S. 70 f.

692) O. Mayer, 2. Band, 2. Aufl., S. 716; Hoffmann, S. 59; Triepel, S. 626; Peters, S. 234.

Das Informationsrecht hat seine besondere Bedeutung in Verbindung mit dem Recht der Aufsichtsbehörde, die Realgemeinde zu beraten. Beide Aufsichtsmittel haben präventiven Charakter. Sie sollen einem „zukünftigen ungehörigen Verhalten vorbeugen“ [693]). Das *Beratungsrecht* hat mittelbar auch im Realgemeindegesetz seinen Niederschlag gefunden, wenn es im § 8 Ziff. 2 heißt, daß der Vorstand auf Verlangen der Aufsichtsbehörde zur Einberufung der Genossenschaftsversammlung verpflichtet ist. Ein solches Verlangen hat nur dann einen Sinn, wenn in der Mitgliederversammlung ein von der Aufsichtsbehörde angeregter Beschluß gefaßt werden soll. Hier hat sie dann eine beratende Stimme. Die Aufsichtsbehörde hat so die Möglichkeit, die Willensbildung der Realgemeinde zu beeinflussen, und zwar nicht nur um gesetzwidrige Beschlüsse zu verhindern, sondern auch um *zweckmäßige* Entscheidungen und Verwaltungshandlungen herbeizuführen. Wenn aber die Realgemeinde entgegen dem Rat der Aufsichtsbehörde einen Beschluß faßt, kommen allerdings nur bei gesetzwidrigen Beschlüssen — nicht bei unzweckmäßigen — stärkere Aufsichtsmittel in Betracht. Dem Beratungsrecht selbst fehlen die Zwangsmittel der stärkeren Aufsichtsrechte. Dies hindert die Brauchbarkeit des Instituts in keiner Weise, da ein wohlbegründeter Rat häufig wirksamer als der stärkste Zwang ist. Genügend Einsicht muß man bei den Realgemeinden voraussetzen; denn sonst verdienten sie keine Existenzberechtigung als selbständige Verwaltungsträger. Von ihrem Beratungsrecht machen die Aufsichtsbehörden in der Praxis leider nur wenig Gebrauch. Bei genügender Verwendung dieses Aufsichtsmittels könnte häufig die spätere Anwendung stärkerer Aufsichtsmittel unterbleiben. Außerdem kann auf diese Weise die Aufsichtsbehörde die auf breiter Basis gefundenen Erfahrungen und Erkenntnisse den einzelnen Realgemeinden nutzbar machen.

Neben diesen von Amts wegen erfolgenden Raterteilungen haben die Aufsichtsbehörden den Realgemeinden auch auf Anfrage beratend zur Seite zu stehen.

Für den Fall, daß eine Realgemeinde unter Verletzung objektiven Rechts Verwaltungshandlungen vorgenommen hat, reichen die bisher angeführten Aufsichtsmittel nicht aus. Hier bedarf es einer Korrektur der bereits erfolgten Willensäußerung. Zu diesem Zweck ist den Aufsichtsbehörden vieler Körperschaften des öffentlichen Rechts durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen ein Beanstandungs- oder *Aufhebungsrecht* verliehen [694]). Im Realgemeindegesetz ist eine solche aus-

693) Peters, S. 232, bezüglich der Kenntnisnahme.

694) Vgl. die Zusammenstellung bei Hoffmann, S. 105 ff.

drückliche Bestimmung nicht enthalten. Es fragt sich aber, ob nicht kraft Gewohnheitsrechts die Staatsaufsicht grundsätzlich das Recht enthält, gesetzwidrige Entschlüsse und Verwaltungshandlungen aufzuheben.

Otto Mayer[695]) leitet das Aufhebungsrecht „aus der Natur des untergeordneten Verwaltungskörpers" ab. Man wird sich der Ansicht anschließen müssen, daß die Staatsaufsicht notwendigerweise das Recht einschließt, gesetzwidrige Willensbetätigungen der öffentlichen Körperschaften aufzuheben (wenn man auch der Formulierung Otto Mayers insoweit nicht zustimmen kann, als er die öffentlichen Körperschaften als „untergeordnete" Verwaltungskörper anspricht)[696]). Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften haben die Selbständigkeit in ihren Willensäußerungen mit der Einschränkung erhalten, daß sie diese nur im Rahmen der Gesetze und ihrer Satzung gebrauchen. Wenn sie aber bei ihren Verwaltungshandlungen das objektive Recht verletzen, muß der Aufsichtsbehörde das Recht zustehen, sie in die Bahnen des Rechts zurückzuweisen und die rechtswidrigen Maßnahmen rückgängig zu machen[697]). Dieser allgemeine Grundsatz gilt auch für die Realgemeinden. Er folgt aus ihrer Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts und dem Wesen der Staatsaufsicht schlechthin.

Das Aufhebungsrecht wird vielfach „als hinderndes Recht" bezeichnet[698]). Dieser Ausdruck ist aber wenig glücklich gewählt, da bis zur Anwendung dieses Aufsichtsmittels regelmäßig die rechtswidrige Willensbestätigung existiert und deshalb vernichtet werden muß und nicht mehr ihr Entstehen verhindert werden kann.

Die rechtswidrige Willensbetätigung kann einmal in einem gesetzwidrigen Entschluß der Realgemeinde und zum anderen in dessen Ausführung oder in einer nach außen gerichteten Verwaltungshandlung eines Organs der Realgemeinde ohne Vorentschließung liegen. Solange der Beschluß noch nicht ausgeführt ist, genügt es, wenn der Beschluß

---

695) Otto Mayer, 2. Bd., 2. Aufl., S. 717, ebenso Hoffmann, Seite 112.

696) Hoffmann, S. 103, dehnt irrigerweise das Aufhebungsrecht nicht nur auf rechtswidrige Verwaltungshandlungen, sondern auch auf unzweckmäßige aus, wenn er sagt, daß die Aufsichtsbehörde hier auch eine begrenzte Zweckmäßigkeitskontrolle ausübe.

697) Als Richtschnur kann hier — wie bei allen allgemeinen Aufsichtsmitteln — die Regelung der 1. WVVO und der Gemeindeordnung gelten (Weber, S. 23f), allerdings mit der Einschränkung, daß durch das Aufhebungsrecht nur eine Gesetzmäßigkeitskontrolle ausgeübt werden darf.

698) Weidemann b. Frank, Dtsch. VerwRecht, S. 209; Hoffmann, S. 99.

aufgehoben wird. Die Aufhebung geschieht unmittelbar durch die Aufhebungsverfügung der Aufsichtsbehörde und nicht dadurch, daß der Realgemeinde durch die Aufsichtsbehörde aufgegeben wird, ihren Beschluß selbst aufzuheben [699]).

Wenn der Beschluß der Realgemeinde bereits ausgeführt ist, so wird durch die Aufhebungsverfügung auch die den Beschluß ausführende Willensbetätigung der Realgemeinde unmittelbar aufgehoben. Etwa bereits eingetretene Auswirkungen (kraft Gesetzes eingetretene Rechtswirkungen nach außen usw.) können naturgemäß durch die Aufhebungsverfügung nicht beseitigt werden. Die Beseitigung dieser Folgen, soweit überhaupt noch möglich, muß der Realgemeinde durch die Aufsichtsbehörde aufgegeben werden [700]). Das Recht, die Rückgängigmachung des eingetretenen Erfolges und etwaiger Nebenwirkungen zu verlangen, macht das Aufhebungsrecht erst voll wirksam [701]).

Die Realgemeinde kann das objektive Recht nicht nur durch positives Tun verletzen, sondern auch durch ein Unterlassen. Das oben dargestellte Aufhebungsrecht dient der Beseitigung des durch ein positives Tun ausgelösten gesetzwidrigen Zustandes; das nun darzustellende *Anordnungsrecht* dient der Beseitigung eines durch ein Unterlassen ausgelösten gesetzwidrigen Zustandes.

Ein Unterlassen kann nur dann gegen objektives Recht verstoßen und deshalb auch nur dann Gegenstand eines aufsichtsbehördlichen Eingriffs sein, wenn der Realgemeinde durch Gesetz, Gewohnheitsrecht oder Satzung eine Verpflichtung zu einem bestimmten Tun auferlegt ist. Eine solche Verpflichtung kann sich aus allgemeinen, jedermann betreffenden Rechtsnormen (z. B. Schadensersatzpflichten nach BGB) und aus nur die Realgemeinden betreffenden Rechtsnormen ergeben. Sie muß aber immer einen gewissen Grad an Bestimmtheit erlangt haben [702]). Das Anordnungsrecht hat für die Realgemeinden jedoch seine Hauptbedeutung in bezug auf die Unterlassung von Verpflichtungen, die sich aus dem Realgemeindegesetz und dem jeweiligen Statut herleiten lassen. An der Einhaltung dieser Verpflichtungen besteht ein öffentliches Interesse. Solche Gesetzesverletzungen schädi-

---

699) O. Mayer II, 2. Aufl., S. 718. Der letztere Weg kann von der Aufsichtsbehörde als schwächerer Eingriff, wenn keine Gefahr im Verzuge ist, auch gewählt werden, wenn sie das Prestige der Realgemeinden schonen will. Es ist aber nicht der Regelfall. Vgl. Hoffmann, S. 103 f.

700) Surên-Loschelder, 2. Bd., S. 425 f; Hoffmann, S. 104.

701) Vgl. auch § 124 der 1. WVVO: „Die Aufsichtsbehörde kann ... aufheben und verlangen, daß Maßnahmen, die auf Grund solcher Entschließungen und Anordnungen getroffen sind, rückgängig gemacht werden."

702) O. Mayer, 2. Bd., 2. Aufl., S. 720.

gen den Staat, da hierdurch die Realgemeinde unmittelbar oder mittelbar die ihr vom Gesetzgeber gestellte Aufgabe der gemeinschaftlichen Bewirtschaftung der Allmende gefährdet. In dem Realgemeindegesetz und in den Statuten findet sich eine ganze Reihe von Bestimmungen, die die Realgemeinde — meist in der Person ihres Vorstandes — zu bestimmten Verwaltungshandlungen verpflichten, z. B. einen Vorstand zu bestellen oder neu zu wählen [703]), eine Genossenschaftsversammlung einzuberufen [704]), die die Realgemeinde als solche treffenden Verbindlichkeiten, soweit sie nicht aus dem Genossenschaftsvermögen aufgebracht werden können, auf die einzelnen Mitglieder umzulegen [705]), das Vermögen — auf eine bestimmte Art — zu nutzen, zu bewirtschaften [706]) usw.

Das Anordnungsrecht als Aufsichtsmittel ist im Realgemeindegesetz nicht ausdrücklich erwähnt [707]), gilt aber gewohnheitsrechtlich auch für Realgemeinden [708]), wie für alle Körperschaften des öffentlichen Rechts [709]). Auch das folgt aus dem Wesen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft und der Staatsaufsicht unmittelbar. Außerdem ergibt sich die Anordnungsbefugnis der Aufsichtsbehörde mittelbar auch aus dem Realgemeindegesetz. Nach § 8 Ziff. 6 Abs. 1 RGGes kann die Aufsichtsbehörde die Zwangseinschreibung vornehmen. Wenn dieses entschieden stärkere Aufsichtsmittel bei Rechtsverletzungen durch Unterlassen ausdrücklich gesetzlich konstituiert ist, so dürften der Anwendbarkeit des schwächeren Aufsichtsmittels mit dem gleichen Zweck keine Bedenken entgegenstehen [710]).

Das Anordnungsrecht ist deshalb schwächer als die Zwangsetatisierung, weil hier die Aufsichtsbehörde die unterlassene Handlung nicht selbst vornimmt, sondern lediglich die Realgemeinde unter Fristsetzung

---

703) Hierüber enthalten die Satzungen die einschlägigen Bestimmungen; vgl. auch § 6 Ziff. 4 RGGes.

704) § 8 Ziff. 2 RGGes.

705) § 8 Ziff. 4 Abs. 1 RGGes.

706) § 6 Ziff. 8 i. V. m. der einschlägigen Bestimmung des Statuts.

707) Abgesehen von der ausgeklammerten Einzelregelung des § 3 Abs. 1 2. Altern. RGGes u. § 8 Ziff. 2 letzter Halbsatz RGGes.

708) Entsprechend der Regelung der 1. WVVO § 125; Claß, S. 63. Vgl. auch Weber, S. 24.

709) O. Mayer, 2. Band, 2. Aufl., S. 770; Hoffmann, S. 114 ff.

710) Vgl. hierzu Hoffmann, S. 122 f, der zutreffend die zu der Zwangseinschreibung gehörende Feststellung der gesetzlichen Handlungsverpflichtung durch die Aufsichtsbehörde als den Hauptanwendungsfall des Anordnungsrechts ansieht.

anweist, diese selbst vorzunehmen [711]). Das Anordnungsrecht wird also dadurch ausgeübt, daß die Aufsichtsbehörde der Realgemeinde befiehlt, innerhalb einer Frist ihre gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen. Diese Anordnungsverfügung ist zu begründen. Die genauen Einzelheiten, wie die Realgemeinde dieser gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen hat, braucht der aufsichtsbehördliche Befehl nicht zu enthalten, er kann es aber. Gibt es für die Realgemeinde mehrere Möglichkeiten ihrer Rechtspflicht nachzukommen, so wird ihr die Aufsichtsbehörde zunächst die Auswahl der Art der Ausführung überlassen. Erst wenn sie der Anordnung keine Folge leistet und die Aufsichtsbehörde stärkere Aufsichtsmittel anwenden muß, ist eine genaue Festlegung in dieser Hinsicht erforderlich. Vorher aber würde in diesem Fall ein in der Art seiner Ausführung genau festgelegter Aufsichtsbefehl auch dann als durch die Realgemeinde erfüllt anzusehen sein, wenn der mit der Anordnung bezweckte Erfolg auf eine andere Art als der im Aufsichtsbefehl aufgeführten herbeigeführt worden ist. Aus diesem Grunde ist es nicht ratsam, die Anordnung bis ins Letzte zu spezifizieren, womit allerdings nicht gesagt sein soll, daß der Aufsichtsbefehl die zu erfüllende Pflicht selbst nicht klar und bestimmt nennen muß.

b) Die allgemeinen Aufsichtsmittel stärkeren Grades

Die bisher behandelten sogenannten „Aufsichtsmittel ersten Grades" können dann nicht ausreichen, die Realgemeinde in den Bahnen des Rechts zu halten, wenn diese nicht willens ist, sich an das objektive Recht zu halten. Für diesen Fall müssen der Aufsichtsbehörde stärkere Aufsichtsmittel zur Verfügung stehen. Diese sogenannten *„Aufsichtsmittel stärkeren Grades"* (Ersatzvornahme und Bestellung eines Beauftragten oder sogenannten Staatskommissars) dienen der Durchsetzung der Aufsichtsmittel ersten Grades, soweit diese der Willensbetätigung der Realgemeinde noch freien Spielraum gelassen haben. Der regelmäßige Anwendungsfall der Aufsichtsmittel stärkeren Grades ist der, daß die Realgemeinde einer Anordnung zur Erfüllung ihr gesetzlich obliegender Pflichten nicht nachkommt. Unabdingbare Voraussetzung [712]) für die Anwendung dieser starken Aufsichtsmittel ist, daß zunächst die Aufsichtsbehörde von einem Aufsichtsmittel ersten Grades (außer dem Beratungsrecht) Gebrauch gemacht hat, dieses jedoch nicht

711) Vgl. O. Mayer, 2. Band, 2. Aufl., S. 718: „... durch eine Pflichtigerklärung, damit der Verw.-Körper angehalten wird, sie zu erfüllen." Hoffmann, S. 117 f.

712) Außer wenn Gefahr im Verzuge ist; vgl. OVG in Pr. VBl 32/119; Fleiner, 4. Aufl., S. 221; Hoffmann, S. 136.

oder nicht gehörig beachtet worden ist. Man sagt deshalb auch, daß das Recht der Ersatzvornahme und der Bestellung eines Staatsbeauftragten subsidiär sind[713]). Das ist ein gewohnheitsrechtlicher Grundsatz, der auch in den für das Staatsaufsichtsrecht vorbildlichen Bestimmungen des Gemeinde- und Wasserverbandsrechts seine ausdrückliche Anerkennung gefunden hat (§§ 110 Abs. 1 Satz 3, 112 rev. DGO, §§ 126, 130 der 1. WVVO). Dieser Grundsatz leitet seine Berechtigung daraus her, daß davon ausgegangen werden muß, daß eine Körperschaft des öffentlichen Rechts grundsätzlich guten Willens ist, sich in den Schranken des Rechts zu halten. Etwa vorkommende Verstöße gegen das objektive Recht können unter dieser Voraussetzung dann aber in der Regel auch schon durch einen aufsichtsbehördlichen Befehl abgestellt werden.

Als Vorstufe für die Anwendung eines Aufsichtsmittels stärkeren Grades kommen alle Aufsichtsmittel ersten Grades außer dem Beratungsrecht in Frage. Wenn z. B. dem zur Akteneinsichtnahme entsandten Vertreter der Aufsichtsbehörde die Herausgabe der Akten verweigert wird, wenn die Realgemeinde das zur Rückgängigmachung des Erfolges einer gesetzwidrigen Verwaltungshandlung Erforderliche nicht vornimmt, oder wenn die Realgemeinde eine Anordnung der Aufsichtsbehörde zur Erfüllung einer ihr gesetzlich obliegenden Verpflichtung nicht nachkommt, ist ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde mit den Aufsichtsmitteln stärkeren Grades gerechtfertigt. Die aufgeführten Beispiele zeigen, daß hier die Realgemeinde immer einer Anordnung nicht nachgekommen ist, nämlich der zur Herausgabe der Akten, zur Rückgängigmachung des Erfolges einer rechtswidrigen Verwaltungshandlung oder zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht. In den ersten beiden Fällen ist diese Anordnungsbefugnis in einem Aufsichtsmittel mitenthalten, im letzten ist dieser Befehl das vorhergehende Aufsichtsmittel selbst.

Der *Ersatzvornahme* begegnet man in den verschiedensten Rechtsgebieten[714]). Sie weist in ihren Grundzügen überall ein einheitliches Gesicht auf. Als Mittel der Staatsaufsicht hat die Ersatzvornahme in der neueren Körperschaftsgesetzgebung fast allgemein eine ausdrückliche gesetzliche Konstituierung gefunden[715]). Die ältere Gesetzgebung hat dagegen regelmäßig nur einen Teilkomplex des Aufsichtsmittels

713) Hoffmann, S. 132, 152, Peters, S. 241, bezüglich der Zwangsetatisierung.

714) Vgl. § 887 ZPO; § 55 PVG; § 202 PrBergGes; § 132 LVG; § 90 Abs. 2 Kommunalabgabengesetz.

715) Vgl. z. B. § 126 der 1. WVVO; § 110 rev. DGO; § 18 RUO; ferner die bei Hoffmann, S. 144, zitierten Bestimmungen.

der Ersatzvornahme normiert, nämlich die sogenannte Zwangsetatisierung [716]). Auch das Realgemeindegesetz folgt dieser älteren Gesetzgebungspraxis und regelt lediglich das Zwangsetatisierungsverfahren (§ 8 Ziff. 6 RGGes). Es kann aber kein Zweifel bestehen, daß die Regelung dieses Teilkomplexes nicht eine erschöpfende Konstituierung des Aufsichtsmittels „Ersatzvornahme" darstellt; denn die Zwangsetatisierung allein ist gegenüber einer widerspenstigen Realgemeinde wertlos, wenn nicht auch die Verwertung der zwangsetatisierten Mittel durch die Aufsichtsbehörde zwangsweise durchgesetzt werden kann [717]). Es ist allgemein anerkannt, daß die Aufsichtsbehörde das Recht zur Ersatzvornahme auch dann hat, wenn dies nicht besonders gesetzlich niedergelegt ist [718]).

Das Recht der Ersatzvornahme wird dadurch ausgeübt, daß die Aufsichtsbehörde nach vorheriger Anordnung eine bestimmte der Realgemeinde gesetzlich obliegende Verpflichtung selbst an deren Stelle ausführt. Die so durch die Aufsichtsbehörde vorgenommene Verwaltungshandlung erfolgt im Namen und mit Wirkung für die Realgemeinde. Der Realgemeinde fallen die Kosten der ersatzweise vorgenommenen Verwaltungshandlung im vollen Umfang zur Last, auch die der Aufsichtsbehörde durch Anwendung dieses Aufsichtsmittels etwa zusätzlich entstandenen Kosten. Mit der Ersatzvornahme wird die betreffende Handlung dem Eigenhandlungsbereich der Realgemeinde für die Dauer der Vornahme entzogen, so daß es ihr auch nicht möglich ist, die Ersatzvornahme zu vereiteln. Von einer Ersatzvornahme im technischen Sinne kan man aber nur sprechen, wenn die Aufsichtsbehörde bezüglich einer einzelnen bestimmten Handlung, nicht bezüglich eines ganzen Aufgabenbereiches anstelle der Realgemeinde handelt. Während beim Anordnungsrecht das „Wie"? der Ausführung der Anordnung noch nicht näher konkretisiert zu sein brauchte, muß sich die Aufsichtsbehörde bei der Ersatzvornahme auf eine bestimmte Art der Durchführung der Verwaltungsmaßnahme festlegen und damit notwendigerweise Zweckmäßigkeitsentscheidungen treffen. Auch hierin zeigt sich die besondere Stärke dieses Aufsichtsmittels.

Die Zwangsetatisierung als Unterform der Ersatzvornahme dürfte trotz ihrer ausdrücklichen gesetzlichen Konstituierung im Realgemeindegesetz für die Realgemeinden nur eine untergeordnete praktische Be-

---

716) Vgl. die bei Rosin, S. 111, Anm. 37, 38, angeführten Bestimmungen.

717) Vgl. O. Mayer, S. 728, Anm. 46.

718) O. Mayer, 2. Bd., 2. Aufl., S. 722 ff; Hoffmann, S. 135 ff; Fleiner, 4. Aufl., S. 221.

deutung haben[719]). Es liegt die Vermutung nahe, daß der Gesetzgeber die Bestimmung des § 8 Ziff. 6 unwillkürlich nur der damaligen Gesetzespraxis folgend aufgenommen hat[720]). Wenn man sich aber vergegenwärtigt, wo die Hauptausgaben der Realgemeinden — insbesondere der Forstgenossenschaften — liegen, so wird man eine Berechtigung der Möglichkeit der Zwangsetatisierung anerkennen müssen. Wenn auch, wie bereits gezeigt, die forstliche Betriebsführung den Realgemeinden weitgehend aus der Hand genommen ist, so ist ihnen die Kassenführung und die finanztechnische Abwicklung auch bezüglich der forstlichen Bewirtschaftung voll belassen worden. Aus diesem Grunde können sich zwischen der staatlichen Forstbehörde und der Realgemeinde hinsichtlich der Bewilligung der Mittel für die Bewirtschaftung der Forsten Differenzen ergeben. Wenn die Realgemeinde die zur Ausführung des jährlichen Betriebsplanes erforderlichen Ausgaben nicht in ihren Haushaltsplan einsetzt, muß es ein Mittel für die Aufsichtsbehörde geben, dieses zu erzwingen. Mit dem Mittel der Zwangsetatisierung läßt sich das erreichen. Nach dem Betriebsplan obliegen der Realgemeinde verschiedene Verpflichtungen, etwa die Vornahme von Hauungen und Pflanzarbeiten. Daraus resultieren wiederum Verpflichtungen zu Vermögensaufwendungen. Hierbei handelt es sich dann um der Realgemeinde „obliegende Leistungen und Ausgaben" im Sinne des § 8 Ziff. 6 RGGes, die also auch zwangsetatisiert werden können.

Interessant ist, daß der Wortlaut des § 8 Ziff. 6 RGGes eine Abweichung von dem sonst für die Zwangsetatisierung üblichen dadurch aufweist, als hier schlechthin von „obliegenden Leistungen" gesprochen wird, während der Gesetzgeber für die Zwangsetatisierung sonst ausdrücklich nur „eine *gesetzlich* obliegende Leistung"[721]) oder eine „nach öffentlichem Recht obliegende Leistung"[722]) voraussetzte. Besondere Schlüsse wird man aber aus dieser Formulierung wohl nicht ziehen

---

719) Aus dem recht umfangreichen Aktenmaterial des Niedersächs. Ministeriums des Innern, des ehemaligen Oberpräsidenten der Provinz Hannover und des Regierungspräsidenten in Hildesheim ist kein Fall einer Zwangsetatisierung einer Realgemeinde feststellbar.

720) § 8 Ziff. 6 RGGes stimmt z. B. fast wörtlich überein mit §§ 19, 35 des Zuständigkeitsgesetzes: „Unterläßt oder verweigert eine Stadtgemeinde die ihr gesetzlich obliegenden, von der Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit festgestellten Leistungen auf den Haushaltsetat zu bringen, oder außerordentlich zu genehmigen, so verfügt der Regierungspräsident unter Anführung der Gründe die Eintragung."

721) §§ 19, 35 ZustGes, vgl. ferner Rosin, S. 112, Anm. 43.

722) Vgl. die bei Rosin, S. 112, aufgeführten Bestimmungen..

dürfen, zumal die herrschende Meinung[723]) eine Zwangseinschreibung nach dem Zuständigkeitsgesetz auch bei Vorliegen nur privatrechtlicher Verpflichtungen dann zuläßt, wenn hierfür ein öffentliches Interesse besteht. Im Wege der Auslegung wird man deshalb auch für § 8 Ziff. 6 RGGes die dort gewählte Formulierung dadurch klarer fassen, daß man von *„rechtlich* obliegenden Leistungen" spricht. Damit ist dann einerseits gesagt, daß die Verpflichtung sich nur mittelbar aus dem Gesetz und unmittelbar aus einer konkreten Rechtsbeziehung (aus Vertrag; aus der Befugnis der staatlichen Forstbehörden, den jährlichen Betriebsplan aufzustellen usw.) ergeben kann, und andererseits, daß Grundlage der Zwangsetatisierung sowohl öffentlich-rechtliche wie auch privatrechtliche Verpflichtungen sein können. Daß der eigentlichen Zwangsetatisierungsverfügung eine Feststellung der Verpflichtung vorhergeht, die sich als Ausübung des Anordnungsrechts rechtlich darstellt, ist bereits oben (S. 185) gesagt worden. Wenn auch diese Feststellung der Verpflichtung entgegen der sonstigen Gesetzgebungspraxis im Realgemeindegesetz nicht ausdrücklich gefordert wird, so folgt dieses Erfordernis doch schon aus der subsidiären Natur der Zwangsetatisierung.

Den Forstaufsichtsbehörden steht das Aufsichtsmittel der Zwangsetatisierung unmittelbar nicht zur Verfügung[724]). In den Forstaufsichtsgesetzen sind die zulässigen Aufsichtsmittel der Forstaufsichtsbehörden erschöpfend aufgezählt[725]). Außerdem ist die Forstaufsicht eine sachlich auf den forsttechnischen Betrieb beschränkte Aufsicht, die nicht die Finanzgebarung mitumfaßt. Diese ist vielmehr reine Selbstverwaltungsangelegenheit und unabhängig von den scharfen Eingriffsrechten der Forstaufsicht. Deshalb kann gegebenenfalls nur die allgemeine Aufsichtsbehörde des § 8 Ziff. 1 Abs. 1 RGGes von der Forstaufsichtsbehörde um Zwangseinschreibung ersucht werden. § 8 Ziff. 6 RGGes begreift unter „Aufsichtsbehörde" nur die des § 8 Ziff. 1 Abs. 1 RGGes. Die Forstaufsichtsbehörde findet im Realgemeindegesetz überhaupt keine Erwähnung.

Als das stärkste allgemeine Aufsichtsmittel gilt das Recht der Aufsichtsbehörde, einer öffentlichen Körperschaft einen *Staatskommissar* (Beauftragten) zur Erledigung aller oder eines Teilbereichs ihrer Aufgaben zu bestellen. Es handelt sich hier materiell um eine Art der Ersatzvornahme — im weiteren Sinne. Dieses Aufsichtsmittel greift dann ein, wenn die öffentliche Körperschaft einen Teil oder ihren ge-

723) Peters, S. 240ff, und das auf S. 246, Anm. 1, aufgeführte Schrifttum.

724) Vgl. auch § 114 DGO.

725) Vgl. hierzu Hoffmann, S. 17.

samten Tätigkeitsbereich tatsächlich nicht mehr erfüllt. Auf ein Verschulden der öffentlichen Körperschaft kommt es nicht an. Es genügt vielmehr, daß die öffentliche Körperschaft aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen an der Wahrnehmung ihrer obligatorischen Aufgaben verhindert ist (z. B. Beschlußunfähigkeit). Ein solcher objektiv gesetzwidriger Zustand bedarf der Abhilfe durch die Aufsichtsbehörde, die auf Kosten der Körperschaft des öffentlichen Rechts zur Wahrnehmung deren Aufgaben einen Beauftragten einsetzt.

Das Recht der Bestellung eines Staatskommissars ist im Realgemeindegesetz nicht ausdrücklich aufgeführt. Als allgemeines Aufsichtsmittel[726]) steht es aber auch den Aufsichtsbehörden gegenüber den Realgemeinden zu, um deren Verwaltungstätigkeit erforderlichenfalls in Gang zu halten. Seine praktische Bedeutung für die Realgemeinden ist gering. Die zahlreichen Rechtsprobleme um dieses Aufsichtsmittel sind Gegenstand einer umfangreichen Literatur geworden[727]), bergen aber für die Realgemeinden keine Besonderheiten. Es erübrigt sich deshalb, in dieser Arbeit hierauf näher einzugehen.

2. Die Sonderaufsichtsmittel

Wie in den Gründungsakten der meisten öffentlich-rechtlichen Körperschaften hat der Gesetzgeber auch im Realgemeindegesetz Sonderaufsichtsmittel ausdrücklich konstituiert. Nach § 8 Ziff. 1 Abs. 3 bedürfen Beschlüsse

a) auf freiwillige Veräußerungen, durch welche der Bestand des Genossenschaftsvermögens verändert wird; und

b) wegen Aufnahme von Anleihen auf den Kredit der Genossenschaft

der Bestätigung des Kreisausschusses. Diese Bestimmung stimmt im wesentlichen wörtlich mit § 42 Ziff. 4 und 5 der Hann. Landgemeindeordnung[728]) überein. Parallelen finden sich unter anderem im neuen Gemeinderecht (§§ 62 Abs. 2, 76, 77 rev. DGO) und im Wasserverbandrecht (§ 122 der 1. WVVO).

In diesen Fällen hat der Gesetzgeber der Aufsichtsbehörde ein aktives Mithandlungsrecht vorbehalten (Mitwirkungs- oder Sonder-

---

726) Jellinek, S. 534f; Hoffmann, S. 167; O. Mayer, 2. Bd., 2. Aufl., S. 722.

727) Vgl. Peters, S. 239ff; Hoffmann, S. 149ff; O. Mayer, 2. Band, 2. Aufl., S. 680, 722; Fleiner, S. 118; Jellinek, S. 534ff; Siebert, S. 23ff.

728) Hann. Gesetz, die Landgemeinden betreffend, vom 28. April 1859 (Hann. GS., S. 393).

vorbehalt)[729]. Der Selbständigkeit in der Eigenverwaltung der Realgemeinden sind durch diesen Mitwirkungsvorbehalt insofern Schranken gesetzt, als sie wirksam nur mit der Aufsichtsbehörde gemeinsam handeln kann[730]. Ihre an sich unbeschränkte Handlungsfähigkeit ist von Rechts wegen in diesen sachlich bestimmten Angelegenheiten eingeschränkt[731], ihre Selbstverwaltung insoweit keine freie. Auf diesen vorbehaltenen Gebieten ist von *vornherein* ein selbständiges Handeln der Realgemeinde ausgeschlossen. Hier wird die Aufsichtsbehörde nicht von Fall zu Fall, wenn sie es für erforderlich hält, tätig, sondern sie ist unmittelbar in die Verwaltung zwingend miteingeschaltet. Durch ihre Mitwirkung wird der betreffende Akt erst wirksam. Jedoch handelt es sich hier immer um eine „unselbständige Mitwirkungsfunktion"[732] der Aufsichtsbehörde, die nur durch ein bestimmtes Handeln der Realgemeinde ausgelöst werden kann und dieses — dann jedoch notwendigerweise — ergänzen muß. Das Bestätigungsrecht selbst bietet keine Möglichkeit, das bestätigungsbedürftige Handeln von aufsichtswegen zu erzwingen[733]. Der bestätigungsbedürftige Akt bleibt immer ein Akt der Realgemeinde[734].

Eine solche Einschränkung des gesetzlich festgelegten Grundsatzes der Selbstverwaltung und die damit verbundene Beschränkung der Mündigkeit einer öffentlichen Körperschaft bedarf naturgemäß einer besonderen gesetzlichen Grundlage[735]. Dieses Sonderaufsichtsmittel ergibt sich nicht wie die allgemeinen Aufsichtsmittel zwangsläufig aus dem Wesen der Staatsaufsicht. Es ist überhaupt fraglich, ob man diese staatlichen Mitwirkungsrechte unter die Staatsaufsicht einordnen kann[736]. Eine Aufsicht setzt an und für sich voraus, daß der Beaufsichtigte entgegen den Wünschen des Aufsichtsführenden

729) Hoffmann, S. 168f.

730) Systematisch gehören hierhin auch die bereits abgehandelten Mitwirkungs- und Alleinhandlungsvorbehalte der Forst- und Finanzaufsicht, sowie die Mitwirkung bei der Statutserrichtung, sofern man letztere überhaupt zur Staatsaufsicht rechnen will.

731) Fleiner, S. 119, sagt deshalb, daß diese vorbeugenden Aufsichtsmittel nach bestimmten Richtungen eine Vormundschaft des Staates über die Selbstverwaltungskörper begründen.

732) Hoffmann, S. 186.

733) Rosin, S. 116. Das könnte lediglich durch die allgemeinen Aufsichtsmittel eventuell geschehen; Hoffmann, S. 186.

734) Fleiner, S. 119f.

735) O. Mayer, 3. Aufl., 2. Bd., S. 398; Hoffmann, S. 169; Peters, S. 235f.

736) Rosin, S. 116, verneint dies deshalb, weil mit der Genehmigung auch eine Zweckmäßigkeitskontrolle verbunden wäre.

wirksam handeln kann. Das ist bei den aufsichtsbehördlich-mitwirkungsbedürftigen Handlungen der öffentlichen Körperschaft nicht der Fall. Jedoch wurden hier unter Staatsaufsicht alle Einwirkungsbefugnisse der Aufsichtsbehörde auf die Willensbetätigungen der Realgemeinden verstanden. Um eine solche Einwirkungsbefugnis handelt es sich aber auch hier. Eine wirksame Willensbetätigung wird nach dieser Definition nicht vorausgesetzt.

Allgemein anerkannt ist, daß die Aufsichtsbehörde bei der Erteilung einer Genehmigung nicht nur die Gesetzmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit des genehmigungsbedürftigen Aktes zu prüfen hat [737]). Nach dem Realgemeindegesetz bedarf es aber einer *Bestätigung*. die nach Hatschek [738]) nur eine Gesetzmäßigkeitskontrolle einbegreift [739]). Für eine solche unterschiedliche Behandlung der Genehmigung und der Bestätigung ergibt sich kein Anhalt. Vielmehr läßt die Wahl der bestätigungsbedürftigen Akte nach dem Realgemeindegesetz wie auch nach der Hann. Landgemeindeordnung (§ 42 Ziff. 1—9) darauf schließen, daß es hier dem Gesetzgeber darum zu tun war, leichtsinnige, also unzweckmäßige Wirtschaftsführung durch die Realgemeinden zu verhüten. Deshalb hat die Aufsichtsbehörde auch nach § 8 Ziff. 1 Abs. 3 RGGes vor der Erteilung der Bestätigung eine Zweckmäßigkeitskontrolle anzustellen. Die Zweckmäßigkeitskontrolle bei der Erteilung der Bestätigung hat sich darauf zu richten, daß der betreffende Akt dem Körperschaftszweck und dem allgemeinen Staatsinteresse dient.

Eine Besonderheit in der Formulierung des § 8 Ziff. 1 Abs. 3 RGGes gegenüber der neueren Gesetzgebung ergibt sich noch dadurch, daß hier die betreffenden *Beschlüsse* der Bestätigung bedürfen. Der Wortlaut läßt somit die Vermutung zu, daß die Bestätigung nur im Innenverhältnis, also für die Wirksamkeit des entsprechenden Beschlusses, nicht jedoch für die Wirksamkeit des den Beschluß ausführenden Rechtsgeschäfts gegenüber Dritten eine Gültigkeitsvoraussetzung darstellt. Das ist aber nicht der Fall. Bis zur Erteilung der Bestätigung

---

737) Rosin, S. 116; Hoffmann, S. 186, 188; O. Mayer, 2. Bd., 2. Aufl., S. 721, Anm. 29; Hatschek, S. 383.

738) Ohne Begründung Hatschek, S. 383, gegen die h. M.; siehe oben Anm. 737.

739) Im allgemeinen ist der Gesetzgeber so verfahren, daß er den Mitwirkungsvorbehalt bei Verwaltungshandlungen in personellen Angelegenheiten — wie Wahlen, Ernennungen — Bestätigung, in den übrigen Angelegenheiten Genehmigung nannte. Jedoch hat sich eine ganz einheitliche Praxis hier nicht ausgebildet. (O. Mayer, 2. Bd., 2. Aufl., S. 721; Hoffmann, S. 194f.) wie auch das Beispiel des RGGes zeigt.

sind mit dem unbestätigten Beschluß auch die ausführenden Rechtsgeschäfte schwebend unwirksam und nach der Versagung der Bestätigung absolut nichtig [740]). Durch den Bestätigungsvorbehalt ist die „Vertretungsbefugnis der gesetzlichen Vertreter der Realgemeinden nach außen hin beschränkt" worden [741]).

Der Zweck dieses Sonderaufsichtsmittels erfordert diese Außenwirkung, da nur so volle Gewähr dafür besteht, daß die festgesetzte Beschränkung der Eigengestaltungsmacht der Realgemeinden eingehalten wird. Sonst könnte die Realgemeinde diese Bestimmungen immer umgehen. Andererseits birgt diese Auslegung gewisse Gefahren für den gutgläubigen Rechtsverkehr [742]). Dort aber, wo der Gesetzgeber die Belange des Rechtsverkehrs vor die der Staatsaufsicht stellte und diese Außenwirkung deshalb ausschloß, hat er das Rechtsgeschäft selbst an besondere Formvorschriften geknüpft [743]). Hier bieten dann aber diese besonderen Formvorschriften (insbesondere, daß der Genehmigungsbeschluß beizufügen ist) genügenden Schutz für die Aufsichtsbehörde vor Mißbrauch durch die betreffende Körperschaft [744]). Im Realgemeindegesetz fehlen solche Formvorschriften, die die Außenwirkung entbehrlich machen könnten. Deshalb ist hier die Bestätigung auch für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts gegenüber Außenstehenden erforderlich [745]).

Zu erwähnen ist noch, daß der Bestätigung durch die Aufsichtsbehörde immer ein Ersuchen der Realgemeinde an jene vorhergehen muß [746]), und daß durch die Bestätigung allein ein Mangel des Beschlusses selbst nicht geheilt wird [747]).

Die Fassung des § 8 Ziff. 1 Abs. 3 RGGes ist mißverständlich, wenn es heißt, daß alle Beschlüsse auf freiwillige Veräußerungen, durch die der Bestand des Genossenschaftsvermögens verändert wird, der Bestätigung bedürfen. Gedacht ist hier sicherlich nur an die Veräußerung von Grundvermögen. Zum Genossenschaftsvermögen zählt aber außer der Allmende auch das Betriebsinventar usw. Zur Ver-

---

740) Urteil BGH vom 16. März 1951 — VZR 78/50 — in Rspr. 1952, Seite 392 ff.

741) BGH a. a. O. Vgl. die ausdrückliche Feststellung der Außenwirkung nach § 104 DGO, § 123 der 1. WVVO.

742) Dies verkennt auch der BGH a. a. O. nicht.

743) Vgl. die im Urteil des BGH aufgeführten Bestimmungen.

744) „An Stelle der Außenwirkung sichert die Formvorschrift den Schutz der Beteiligten". BGH a. a. O.; RGZ 123, S. 358.

745) BGH a. a. O.

746) O. Mayer, 2. Band, 2. Aufl., S. 721.

747) Fleiner, S. 120.

äußerung eines jeden einzelnen Inventargegenstandes braucht aber die Realgemeinde zweifellos nicht eine Bestätigung einzuholen, obschon auch hierdurch der Bestand des Realgemeindevermögens verändert wird. Das Wort „Genossenschaftsvermögen" wird im Realgemeindegesetz als terminus technicus für die Allmende, Gemeinheit, also für das Grundeigentum bzw. für das eventuelle dingliche Gesamtnutzungsrecht der Realgemeinde verwandt (§§ 6 Abs. 2, 8 Ziff. 5a) im Gegensatz zu dem Wort „Vermögen der Genossenschaft" (§ 8 Ziff. 4 Abs. 1) als Oberbegriff für das Genossenschaftsvermögen und sonstige Vermögensrechte der Realgemeinde[748]). Deshalb wäre es richtiger zu sagen, daß die Beschlüsse auf rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums oder anderer dinglicher Rechte an der Gemeinheit der Bestätigung der Aufsichtsbehörde bedürfen.

C. Die Aufsichtsbehörden

Als Träger der Staatsaufsicht über die Realgemeinden sind in § 8 Ziff. 1 Abs. 1 RGGes als erste Aufsichtsinstanz der Landrat, als höhere und letzte Aufsichtsinstanz der Regierungspräsident genannt. Wenn es in § 8 Ziff. 1 Abs. 1 RGGes heißt, daß die Aufsicht des Staates in erster Instanz „von dem Landrat als Vorsitzendem des Kreisausschusses" ausgeübt wird, so ist damit als Aufsichtssubjekt nicht der damalige Kreisausschuß in toto eingesetzt worden. Die Aufsichtsbefugnisse standen vielmehr dem Landrat allein zu. Der Zusatz „als Vorsitzendem des Kreisausschusses" sollte nur die Stellvertretung im Falle der Behinderung dahin klarlegen, daß nicht der Kreissekretär, sondern der stellvertretende Vorsitzende des Kreisausschusses zur Vertretung bei der Ausübung der Staatsaufsicht berufen sein sollte[749]).

---

748) Das Urteil des BGH vom 16. März 1951 bei Lindenm.-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Zivilsachen) zu § 242 BGB C d Nr. 2, will den Wortlaut des § 8 Ziff. 1 Abs. 3a RGGes wohl dadurch einschränkend auslegen, daß es die Bestätigungsbedürftigkeit nach der Bedeutung des Veräußerungsgeschäfts beurteilt.

749) Die insoweit gleichlautende Bestimmung des § 24 ZustGes hat das PrOVG ebenfalls so ausgelegt. OVG 19, S. 132: „Der Zusatz: ‚Als Vorsitzendem des Kreisausschusses' (in § 24 ZustGes) hat nur die Bedeutung, daß für den Fall der Stellvertretung des Landrats durch den Kreissekretär nicht dieser, sondern das hierzu vom Ausschusse gewählte Mitglied den Landrat als Vorsitzenden des Kreisausschusses vertritt. Wer Inhaber der Aufsichtsbefugnisse sein soll, ist in § 24 ZustGes deutlich gesagt — der Landrat und nicht der Kreisausschuß — und es ändert in dieser Beziehung nichts, daß daneben die im Gesetze geordnete ‚Mitwirkung' des Kreisausschusses erwähnt wird."

Auf Grund der Neuordnung des Kommunalrechts haben sich hier wie auch bei der besonderen Zuständigkeit für die speziellen Aufsichtsmittel zwangsläufig Veränderungen ergeben (§ 8 Ziff. 1 Abs. 3 RGGes). An die Stelle des Landrats als Aufsichtssubjekt ist heute der Kreistag getreten, der sich zur Ausübung der Staatsaufsicht seines Hauptverwaltungsbeamten bedient. Dies folgt aus entsprechender Anwendung des § 2 Abs. 1 und Abs. 3 der Verordnung betreffend die Kommunalaufsicht über die Gebietskörperschaften vom 21. Juli 1948 (GVBl Nds., S. 72). Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen ist deshalb geboten, weil die Aufsicht des Staates über die Realgemeinden im Realgemeindegesetz bewußt der Kommunalaufsicht nachgebildet worden ist[750]). Demzufolge ist nunmehr durch den Übergang der Zuständigkeit in der Kommunalaufsicht auf den Kreistag auch die Zuständigkeit des Kreistages für die Staatsaufsicht über die Realgemeinden begründet worden. Jedoch kann davon ausgegangen werden, daß der Kreistag seine Aufsichtsbefugnisse weitgehend auf den Oberkreisdirektor delegiert hat. Anderenfalls wäre die ausdrückliche Bestimmung des § 2 Abs. 3 a. a. O. überflüssig, da schon nach § 34 Abs. 1 rev. DGO i. V. m. § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung einiger Punkte des Selbstverwaltungsrechts vom 28. Mai 1947 (GVBl Nds., S. 62) der Kreistag sich zur Erfüllung seiner Verwaltungsaufgaben der Kreisverwaltung bedient. Aus der ausdrücklichen Hervorhebung in § 2 Abs. 3 der Kommunalaufsichtsverordnung muß geschlossen werden, daß die Zuständigkeit des Oberkreisdirektors kraft genereller Delegation in diesem Falle weit zu fassen ist[751]).

Im übrigen ergibt sich aber auch schon aus § 5 Abs. 2 des Selbstverwaltungsgesetzes i. V. m. Nr. 4 der 1. Ausführungsanweisung zu diesem Gesetz vom 10. Juli 1947 (ABl. Nds., S. 128), daß die Staatsaufsicht über die Realgemeinden in erster Instanz an Stelle des früheren Landrats durch den Kreistag ausgeübt wird. Die Aufsichtstätigkeit wird durch den Kreis nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Staates geführt. Der Kreistag unterliegt insoweit der unbeschränkten Weisungsbefugnis des Regierungspräsidenten.

Aufsichtsbehörde zweiter Instanz ist der Regierungspräsident geblieben, wenn auch im Bereich der Kommunalaufsicht oberste Aufsichtsbehörde der Minister des Innern geworden ist (§ 1 Kommunalaufsichtsverordnung), der sich zur Ausübung seiner Aufsichtsrechte lediglich der in seinem Auftrage und in seinem Namen tätig werdenden Regierungspräsidenten bedient (§ 4 a. a. O.). Einer entsprechenden An-

750) Vgl. hierzu Stenographische Berichte 1888, Herrenhaus, 2. Band, Anlagen, Drucksachen 14, S. 121; 58, S. 122.

751) Baedorf, S. 35, Anm. 4.

wendung dieser Bestimmungen steht die ausdrückliche Vorschrift des § 8 Ziff. 1 RGGes entgegen, die auf Grund des neuen Kommunalrechts nicht gegenstandslos geworden ist.

Für das Sonderaufsichtsmittel der „Bestätigung" nach § 8 Ziff. 1 Abs. 3 RGGes ist als Aufsichtsbehörde der Kreisausschuß bestimmt. Die Erteilung dieser Bestätigungen erfolgt im Beschlußverfahren [752]). Die Beschlußsachen des früheren Kreisausschusses nimmt heute der Haupt- oder Beschlußausschuß des Kreistages wahr [753]). Damit steht nach dem neuen Kommunalrecht als weitere Aufsichtsinstanz (jedoch nur für das Sonderaufsichtsmittel der Bestätigung nach § 8 Ziff. 1 Abs. 3 RGGes) der Haupt- bzw. Beschlußausschuß des Landkreises neben der allgemeinen Staatsaufsichtsbehörde erster Instanz neben dem Kreistag als allgemeinem Träger der Staatsaufsicht.

D. Die Eröffnung des Verwaltungsstreitverfahrens gegenüber aufsichtsbehördlichen Maßnahmen

Das Realgemeindegesetz eröffnet das Verwaltungsstreitverfahren lediglich gegenüber der Zwangsetatisierungsverfügung (§ 8 Ziff. 6 Abs. 2 RGGes); im übrigen aber läßt es der damaligen Gesetzgebungspraxis folgend [754]) das Verwaltungsstreitverfahren zur Anfechtung von anderen aufsichtsbehördlichen Eingriffen nicht zu. Auf Grund des in Preußen herrschenden Enumerationsprinzips war so eine Klage gegen die Aufsichtsbehörde ausgeschlossen und deshalb nur die Dienstaufsichtsbeschwerde an die nächste Aufsichtsinstanz gegeben.

Mit § 23 der Verordnung Nr. 165 der brit. Mil.-Reg. ist im Verwaltungsstreitverfahren die Generalklausel für die Anfechtung von Verwaltungsakten eingeführt worden. Nach dieser Vorschrift sind nunmehr alle rechtswidrigen Verwaltungsakte anfechtbar, sofern sie den Kläger in seinen Rechten beeinträchtigen. Als anfechtbare Verwaltungsakte kommen auch alle aufsichtsbehördlichen Maßnahmen in Frage außer denen, die auf Grund des Beratungsrechts der Aufsichtsbehörde ergehen. Die Raterteilung scheidet als Gegenstand der Anfechtungsklage deshalb aus, weil sie keinen Verwaltungsakt darstellt. Ihr wohnt nicht eine unmittelbare rechtliche Wirkung [755]) inne; sie beschwert die Realgemeinde auch nicht.

Bei allen anderen Aufsichtsmitteln dagegen sind Fälle denkbar, in denen eine Anfechtungsklage Platz greifen könnte. Wenn auch im Rah-

752) Friedrichs, 3. Bd., S. 1082, Anm. 10.
753) Vgl. hierzu oben S. 71 f.
754) Vgl. Rosin, S. 118 ff.
755) Forsthoff, S. 163.

men des Informationsrechts die Information als solche, als rein tatsächliche Handlung der Aufsichtsbehörde, ohne unmittelbare Rechtswirkungen kein Verwaltungsakt ist, so kann es hier dennoch insofern anfechtbare Verwaltungsakte geben, als die Aufsichtsbehörde einen rechtswidrigen Befehl gibt, die Information zu ermöglichen. Jedoch ist zu bedenken, daß die Aufsichtsbehörde nach freiem Ermessen [756]) sich die Form ihrer Information wählen, also auch eine verschieden starke Mithilfe der Realgemeinde verlangen kann (etwa Übersendung der Akten oder Erstattung eines schriftlichen Berichts). Außerdem steht es in ihrem Ermessen, wie häufig sie von ihrem Informationsrecht Gebrauch machen will. Diese Ermessensfragen sind im Verwaltungsstreitverfahren nicht nachprüfbar, außer im Falle des § 23 Abs. 3 der Verordnung 165.

Daß Anordnungen, Aufhebungen, Ersatzvornahmeverfügungen und Bestellungen eines Staatskommissars Verwaltungsakte darstellen, bedarf keiner weiteren Ausführung [757]). Hier kann die Anfechtungsbefugnis schon eher Bedeutung erlangen.

Aber auch bei dem Aufsichtsmittel der Bestätigung ist eine Klage vor den Verwaltungsgerichten möglich. Allerdings ist diese ausgeschlossen, wenn die Bestätigung antragsgemäß erteilt ist, da dann die Realgemeinde nicht beschwert ist. Wird die Bestätigung aber versagt, so ist der Verwaltungsrechtsweg offen. Zu beachten ist aber, daß die Realgemeinde auf die Erteilung der Bestätigung keinen Rechtsanspruch hat, vielmehr die Erteilung der Bestätigung im pflichtmäßigen Ermessen der Aufsichtsbehörde steht. Die Realgemeinde kann aber den ablehnenden Bescheid mit der Begründung anfechten, daß die Aufsichtsbehörde die gesetzlichen Grenzen ihres Ermessens überschritten oder von ihrem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hätte. Im Falle der Verurteilung der Aufsichtsbehörde ist diese dann gezwungen, den Bestätigungsantrag der Realgemeinde erneut zu prüfen und zu bescheiden. Außerdem kann die Realgemeinde eine Untätigkeitsklage (§ 24 der Verordnung 165) erheben, wenn die Aufsichtsbehörde ihren Bestätigungsantrag überhaupt nicht bescheidet [758]).

Jeder verwaltungsgerichtlichen Klage gegen aufsichtsbehördliche Verwaltungsakte — gleich ob in erster oder zweiter Aufsichtsinstanz ergangen — hat eine Beschwerde bzw. ein Einspruch beim Regierungs-

---

756) Hoffmann, S. 57.
757) Bachof, S. 24.
758) Vgl. im übrigen oben Anm. 341.

präsidenten vorauszugehen [759]). Die Klage richtet sich deshalb immer gegen den Regierungspräsidenten und zwar entweder als Beschwerde- oder als Einspruchsinstanz (§ 50 der Verordnung 165) [760]). Im Recht der Staatsaufsicht über Realgemeinden ist kraft ausdrücklicher Bestimmung (§ 8 Ziff. 1 Abs. 1 RGGes) Aufsichtsbehörde höherer und letzter Instanz der Regierungspräsident und zwar aus eigenem Recht. Die Einlegung der Beschwerde bzw. des Einspruchs ist auch nicht auf Grund des § 44 Abs. 2 der Verordnung 165 deshalb entbehrlich, weil die Aufsichtsentscheidung durch den Kreistag, also durch eine Kollegialbehörde, getroffen wird. § 44 Abs. 2 der Verordnung 165 setzt zusätzlich voraus, daß diese Kollegialbehörde „in einem förmlichen Verfahren" entschieden hat. Das ist hier nicht der Fall. Eine Ausnahme in dieser Richtung macht nur die Anfechtungsklage gegen den die Bestätigung nach § 8 Ziff. 1 Abs. 3 RGGes versagenden Bescheid des Haupt- oder Beschlußausschusses. Hier ist die vorherige Einlegung einer Beschwerde nach § 44 Abs. 2 der Verordnung 165 nicht erforderlich, da diese Entscheidung des Haupt- bzw. Beschlußausschusses in einem förmlichen Verfahren — nämlich im Beschlußverfahren — getroffen worden ist (§ 5 der Verordnung über Zuständigkeiten in Beschlußsachen).

Durch die generelle Eröffnung des Verwaltungsstreitverfahrens gegen Eingriffe der Aufsichtsbehörde ist eine alte Forderung [761]) erfüllt worden. So ist den öffentlichen Körperschaften ein verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen aufsichtsbehördliche Eingriffe in ihr subjektiv-öffentliches Recht auf Entfaltung ihrer korporativen Eigenexistenz in den Schranken des Rechts gesichtert. Auch die Realgemeinden sind in den Genuß dieses erweiterten Rechtsschutzes gekommen. Dadurch ist die Entfaltung einer eigenverantwortlichen Tätigkeit der Realgemeinden sichergestellt.

---

759) § 44 Abs. 1 der Verordnung 165 i. V. m. § 1 der Verordnung über Rechtsmittel in Verwaltungssachen im Lande Niedersachsen vom 20. Januar 1949 (GVBl, S. 56).

760) Nicht gegen den Innenminister wie im Gemeinderecht, wo der Regierungspräsident lediglich Beauftragter des Ministers des Innern bei der Ausübung der Kommunalaufsicht ist. Vgl. Althaus, S. 148.

761) Rosin, S. 117 ff.

Literatur-Verzeichnis

Acta generalia des Oberpräsidiums der Provinz Hannover, Komm.-Ver.: Allgemeines; Heft „A" betreffend die Regelung der Verhältnisse der Realgemeinden in der Prov. Hannover; Vol. 2; Litt. A, Nr. 11.

Acta generalia der Landdrostei (später Regierungspräsident) in Hildesheim, betreffend: Regelung der Verhältnisse der Realgemeinden, Vol. 1; Sect. IV, Abtlg. D, Nr. 18.

Akten des Niedersächsischen Ministers des Innern betreffend Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Realgemeinden (Überführung in die politischen Gemeinden) 321/000/32, Heft „B".

Althaus: Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände, 2. Aufl., 1951.

Andreas: Obrigkeitliche Befugnis und Beamteneigenschaft, in: RVBl 60/122 ff.

Bachof: Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951.

Becker, Erich, Gemeindliche Selbstverwaltung; 1. Teil, Grundzüge der gemeindlichen Verfassungsgeschichte, 1941.

v. Bitter: Handwörterbuch der preußischen Verwaltung. 2 Bände, 3. Aufl. 1928.

Blodig: Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff. 1894.

Bochalli: Wasserverbandsgesetz und Wasserverbandverordnung. 1938.

Böhm-Jund: Die Dienstverhältnisse für Angestellte und Arbeiter bei öffentlichen Verwaltungen und Behörden, 3 Bände, 1951.

Bohmüller: Die Rechtsnatur der Teilnehmergemeinschaften gemäß § 17 RUO, Diss. jur., Göttingen 1952, S. 88 ff.

Bonner Kommentar: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, herausgegeben von Dennewitz, 1950.

Brand: Das deutsche Beamtengesetz. 3. Aufl. 1937.

v. Brauchitsch: Verwaltungsgesetze für Preußen, nach dem Tode des Verfassers fortgeführt und herausgegeben von v. Studt und Braunbehrens. 16. Aufl., 1917; 19. Aufl., 1930.

Brinkmann: Die Bedeutung der Allmenden im neuen Deutschland in: Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse, Bd. 26, Jahrg. 1935/36, 1. Abh. 1936.

Brüning: Die hannoversche Landgemeindeordnung vom 28. 4. 1859 unter Berücksichtigung der später ergangenen Verwaltungsgesetzgebung. 3. Aufl., 1906.

Brüning: Die preußische Verwaltungsgesetzgebung für die Prov. Hannover nebst den hannoverschen Gemeindeverfassungsgesetzen, 2. Aufl., 1896.

Bullermann: Die Realgemeinde in der Prov. Hannover auf Grund des Gesetzes vom 5. 6. 1888 und vom 2. 4. 1887 mit Musterstatuten für Realgemeinden, 1896.

Bullermann: Die hannoverschen Realgemeinden und das Oberlandesgericht in Celle, in: PrVBl, Bd. 27, S. 43 ff.

Claß: Die gelenkte Selbstverwaltung, in: Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht mit Einschluß des Völkerrechts, hrsg. von Giese, 62. Heft 1941.

Cohn: Die Haftung des Beamten für unmittelbare Schädigung seines Dienstherrn im Reiche und in Preußen, in: Gruch. Beitr. 71, S. 337 ff.

Conze: Die liberalen Agrarreformen Hannovers im 19. Jahrhundert, in: Agrarwissenschaftliche Vortragsreihe (Göttingen), Heft 2, 1947.

Danckelmann: Gemeindewald und Genossenwald 1882.

Delius: Hauberge und Haubergsgenossenschaften des Siegerlandes, in: Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, hrsg. v. Gierke, 101. Heft 1910.

Dennewitz: Verwaltung und Verwaltungsrecht 1944.

Duhm: Ist die öffentlich-rechtliche Körperschaft eine Genossenschaft? Diss. jur., Halle-Wittenberg 1940.

Ebert: Die Heimats-, Armen- und Gemeindegesetzgebung nebst Ausführungsvorschriften in der Provinz Hannover, 1873.

Ebhardt: Gesetze, Verordnungen und Ausschreiben für das Königreich Hannover aus dem Zeitraum von 1813—1839, erschienen 1839.

Elleringmann: Begriff und Wesen der körperschaftlichen Selbstverwaltung. 1936.

Engelke: Realgemeinden und Interessentenschaften, in: Kommunaldienst 1950, S. 53.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgem. Teil, 1. Bd., 1. Halbband, 14. Aufl., 1952.

Fehrle: Tacitus, Germania. 1929.

Fischbach: Deutsches Beamtengesetz nebst Bundespersonalgesetz, 1951.

Fischbach: Voraussetzung für die Schaffung von Beamtenstellen, in: ZAkDR 1937/740 ff.

Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., 1913.

Forsthoff: Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931.

Forsthoff: Krise der Gemeindeverwaltung, 1932.

Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allgem. Teil, 2. Aufl., 1951.

Friedrichs: Verwaltungsrechtspflege. 3 Bände, 1921, in: Handbücher des preuß. Verwaltungsrechts VII.

Friedrichs: Das Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883, 1910.

Friesenhahn: Die Selbstverwaltung öffentlicher Genossenschaften, in: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 262 ff.

Gadow: Sonderrechte der Körperschaftsmitglieder, in: GruchBeitr. 66, S. 514.

Gelbe, C. J. Caesar, de bello gallico. 1923.

Gemeindeberechtigung im Hannoverschen von einem älteren Juristen (Kirchhoff), 1900.

v. Gierke, Otto: Das Deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1, 1868, Bd. 2, 1878, Bd. 3, 1881.

v. Gierke, Otto: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, in: Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft II, 3, Bd. 1, 1895; Bd. 2, 1905.

Giese: Kommentar zum Bonner Grundgesetz. 3. Aufl., 1953.

Gieseke: Die rechtliche Natur der hannoverschen Forstgenossenschaft und ihre Steuerpflicht. Diss. jur., Göttingen (Maschinenschrift), 1925.

Grefe: Hannovers Recht. 3. Aufl., 2. Teil, 1861.

Günther: Körperschaftsbeamtenrecht in: DV 1938, S. 399 ff.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung, 6. Aufl., 1937.

Haarmann: Beschlußausschüsse und Beschlußverfahren, in: DV 1950, S. 10 ff., 38 ff.

Haarmann: Reform der Beschlußausschüsse und des Beschlußverfahrens, in: DVBl 1952, S. 489.

Habicht: Die Einwirkungen des BGB auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl., 1901.

Hagemann: Handbuch des Landwirtschaftsrechts, 1807.

v. Hagen-Donner: Die forstlichen Verhältnisse Preußens, 1. Bd., 2. Aufl., 1883.

Harriehausen: Das Grundbuchrecht in der Provinz Hannover, 1884.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7. u. 8. Aufl., hrsg. v. Kurtzig 1931.

Hedemann: Ausstoßung aus Vereinen, in: ArchBR, Bd. 38, S. 132.

Helfritz: Grundriß des preuß. Kommunalrechts, 2. Aufl., 1927.

Helfritz: Grundzüge des Beamtenrechts. 1929.

Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts. 1921.

Heyer: Landes-Oeconomie-Gesetzgebung des Königreichs Hannover aus dem Zeitraume von 1802—1856, erschienen 1866.

Hillebrandt-Engels-Geith: Reichsumlegungsordnung, 1938.

Hölder: Natürliche und juristische Personen, 1905.

Hoffmann, Albrecht: Die Staatsaufsicht über die Körperschaften des öffentlichen Rechts in ihrer rechtstechnischen Gestaltung. Diss. Wirtschaftshochschule Berlin, 1943.

Holtz-Kreutz: Preußisches Wassergesetz, neubearb. von Schlegelberger, II. Bd., 4. Aufl., 1931.

Holzapfel: Die Rechtsprechung zu dem Gesetz betreffend die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten vom 2. 4. 1887, in: Ztschr. für die Landeskulturgesetzgebung der preuß. Staaten, 38. Bd., S. 295 ff., 1912.

Huber: Zum Begriff der Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: RVBl Bd. 61, S. 613, 1940.

Huebner: Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 2. Aufl., 1913.

Jellinek, Georg: System der subjektiv-öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1948.

Jeß: Die Körperschaften des öffentlichen Rechts im heutigen Staat, Diss. jur., Göttingen, 1935.

Juli: Die Realgemeinden der südlichen Rheinprovinz, Diss. jur., Köln 1939/40.

Keibel: Die Erscheinungsformen der Körperschaft des öffentlichen Rechts seit 1933. Diss. jur., Königsberg 1939.

Kempermann :Der Inhaltswandel der öffentlichen Körperschaft. Diss. jur., Bonn 1936.

Klamka: Die Gemeinheiten und Gemeinheitsberechtigungen in der Prov. Hannover, Landwirtschaftl. Ztg. d. Hann. Kuriers, Jg. 1906, Nr. 519.

Klamka: Die statutarische Regelung der Verfassung der Realgemeinden in der Prov. Hannover. Landwirtschaftl. Ztg. d. Hann. Kuriers, Jg. 1909, Nr. 626, 627.

Klinger: Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 1950.

v. Klitzing: Realgemeinden und Körperschaftssteuern unter besonderer Berücksichtigung der hannoverschen Verhältnisse, in: Preuß. Verw.Bl., Bd. 45, S. 199 ff., 1924.

Kluckhuhn: Das Recht der Wirtschaftswege und sonstigen landwirtschaftlichen Zweckgrundstücke, sowie das Gesetz vom 2. 4. 1887, 1904.

v. Köhler: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, 1935.

Köttgen: Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung, 1931.

Köttgen: Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, 1939, zugleich in Verw.-Arch., 44. Bd., S. 1 ff., 1939.

Kommunalforstverwaltung in Preußen, Denkschrift, überreicht vom Verband höherer Kommunalforstbeamten, 1925.

Kunz-Guba-Theissig: Die Deutsche Gemeindeordnung, 2. Aufl., 2 Bde., 1939/40.

Landeskundlich-statistische Kurzübersichten über die Stadt- und Landkreise des Landes Niedersachsen, Reihe B, Bd. 4 (NF), der Veröffentlichungen des niedersächsischen Amtes für Landesplanung und Statistik, 1950.

Lange-Wulff: Die Höfeordnung, 3. Aufl., 1951.

Lange: Die Veräußerlichkeit der Realgemeindeberechtigungen nach dem Reichserbhofgesetz, in: JW 1933, S. 2376 ff.

Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 5. Aufl., 1947.

Lenhard-Reichau: Preußisches Wassergesetz, 1918.

Linckelmann-Fleck: Das Hannoversche Privatrecht nach dem Inkrafttreten des BGB (1. Aufl.), 1903.

Linckelmann-Fleck-Wiedemann: Das Hannoversche Privatrecht, 2. Aufl., 1930.

Loeb-Caldenhof: Die Realgemeinde in der Provinz Hannover, Diss. rer. pol., Göttingen 1934.

Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884.

v. Löw, Frh.: Über die Markgenossenschaft, 1829.

v. Mangoldt, Hermann: Das Bonner Grundgesetz (in 4 Lieferungen), 1951/52.

v. Mangolt: Das Aufsichtsrecht des Staates über die Kommunalverbände, Diss. jur., Göttingen 1913.

Mantel: Forstpolitik, in: K. Rubner, Neudammer Forstliches Lehrbuch, 2. Band, 1942.

Mantel: Der Gemeindewald in Bayern, Diss. jur., Würzburg 1933.

Maunz: Verwaltung, 1937.

Maunz: Der Streit um die Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: DVBl 1936, S. 1 ff.

v. Maurer: Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt, 1854.

v. Maurer: Geschichte der Markverfassung, 1858.

v. Maurer: Geschichte der Städteverfassungen, 1868.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, in: Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft VI, 2 Bände, 2. Aufl. 1914—17, 3. Aufl. 1924.

v. Meier, Ernst: Hannoversche Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, 1680—1866, erschienen 1898/99.

Mitschke: Forst-, Jagd-, Fischereirecht, Naturschutz und Tierschutz, 1937.

Molsen: Die politischen und die Realgemeinden in den Hannoverschen Teilungs- und Verkopplungsrezessen und die Reiheberechtigungen in Hannover. Diss. jur., Göttingen 1928.

Münchmeyer: Die grundbesitzgleichen Gerechtigkeiten, insbesondere die Gemeindegerechtigkeiten und ihre Behandlung zum Grundbuch, in: Magazin f. d. Deutsche Recht der Gegenwart, 2. Bd., S. 1 ff., 1882.

Niedner: Das Einführungsgesetz vom 18. 8. 1896, 2. Aufl., 1901.

Noltemeier: Hannoversche Eigentümlichkeiten auf volkswirtschaftlichem Gebiete, 1867.

Odenbreit: Die deutsche Gemeindeordnung, 5—7. Aufl., 1948.

Oertmann: Kommentar zum BGB, Allgem. Teil, 3. Aufl., 1927.

Offenberg: Waldschutzgesetz, 1901.

Oppermann: Zur Geschichte des Königreichs Hannover 1832—1860, erschienen 1860/02.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., 1952.

Peltzer: Gesetz über Landeskulturbehörden vom 3. 6. 1919, zugleich 3. Aufl. des Werkes. Das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten von Glatzel und Sterneberg, 1923.

Peltzer: Gesetz über die Umlegung von Grundstücken, 1921.

Peters: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, 1926.

Planck: Kommentar zum BGB. 4.—5. Aufl., 1913—39.

Planitz: Germanische Rechtsgeschichte, 3. Aufl., 1944.

Preuß: Städtisches Amtsrecht, 1902.

Rosin: Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, 1886.

van de Sandt: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 1949.

Schlickmann: Handbuch der Staatsforstverwaltung in Preußen. 3. Aufl., 1900.

Schmieder: Das Recht der Kommunalaufsicht, in: PrVBl, Bd. 25, S. 483 ff., 1904.

Schmucker: Die Entwicklung des Waldbesitzes der Stadt Göttingen, volkswirtschaftliche Diplomarbeit, Göttingen 1952.

Schnoor: Realgemeinden und Interessentenschaften, öffentlich-rechtliche Seminararbeit bei Prof. Weber, Göttingen, S.-Sem. 1951.

Schoen: Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, 1897.

Scholl: Gesetz und Zweckmäßigkeit in der Staatsaufsicht über die Gemeinden und Gemeindeverbände; Diss. jur., Göttingen 1952.

Siebert: Der Staatskommissar (für die Kommunalverbände) in Preußen. Diss. jur., Göttingen 1932.

Soergel: Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 1938.

Spohr: Die Hannoversche Realgemeinde mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, 1931.

Spohr: Zwei Fragen aus dem Reichserbhofrecht, in: JW 1934, S. 2199.

Spohr: Können zu den gemeinschaftlichen Angelegenheiten im Sinne des preuß. Gesetzes vom 2. 4. 1887 auch die sog. Realgemeinden gezählt werden? in: RVBl 1942, S. 132 ff.

Spohr: Die Veräußerlichkeit der Realgemeindeberechtigungen, insbesondere nach dem Reichserbhofgesetz, in: Recht des Reichsnährstandes, 1935, S. 660 ff.

Staudinger: Kommentar zum BGB, 9. u. 10. Aufl., 1939 ff.

Steffens: Gemeindegliedervermögen, Interessengemeinschaften und Nutzholzverordnung, in: Kommunale Schriften, Nr. 48, 1938.

Stegemann: Die Veräußerung der Allmendeberechtigung, in: Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, 2. Bd., S. 69 ff., 1882, und 7. Bd., S. 229 ff., 1887.

Steinbach-Becker: Geschichtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, 1932.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen der beiden Häuser des Preuß. Landtages, Herrenhaus, 1. Bd., 1887, 1. Bd., 1888, Haus der Abgeordneten, 2. Bd., 1887, 3. Bd., 1888.

Stier-Somlo: Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Preußen, 1919.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., 1882.

Stüve: Wesen und Verfassung der Landgemeinden und des ländlichen Besitzes in Niedersachsen und Westphalen, 1851.

Surén-Loschelder: Deutsche Gemeindeordnung, 1935; und Ergänzungsband, 1935.

Surén-Loschelder: Die Deutsche Gemeindeordnung, 2 Bände, 1940.

Tietje: Die Realgemeinden und die Realgemeindeberechtigungen vor und nach Inkrafttreten des Reichserbhofgesetzes unter besonderer Berücksich-

tigung der Frage der Übertragbarkeit in der Provinz Hannover, Diss. jur., Göttingen 1937.

Thibaut: Civilistische Abhandlungen, 1814.

Thudichum: Die Gau- und Markverfassung in Deutschland, 1860.

v. Tuhr: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910.

Triepel: Die Reichsaufsicht, 1917.

Urkundenbuch der Stadt Göttingen, I UB I.

Varrentrapp: Die Hessische Markgenossenschaft des späteren Mittelalters, in: Rechtsgeschichte und Recht der Gemeinen Marken in Hessen, 1909.

Verhey: Die Realgemeinde, in: Neues Archiv für Niedersachsen, 1949, S. 634 ff.

v. Verschuer, Frh.: Die Realgemeinde in der Provinz Hannover, in: RVBl, Bd. 58, S. 961, 1937.

Wacke: Öffentliches Dienstrecht, 1939.

Walbaum: Zusammenstellung der Landes-Oeconomie-Gesetze, Verordnungen und Ausführungsvorschriften der Prov. Hannover, 5. Aufl., 1875.

Waldecker: Über den Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts nach Preußischem Rechts, 1913.

Weber: Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. 2. Aufl., 1943.

Weidemann: Die Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände bei Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937.

Weimann: Die Mark- und Walderbengenossenschaften des Niederrheins, erschienen als 106. Heft der Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, hrsg. von Gierke.

Weinreich: Die Zwangsetatisierung, in: Verw.Arch., 13. Bd., S. 497 ff., 1905.

Weiske: Die Gemeinden als Korporation, Sammlung der neueren teutschen Gemeindegesetze, 1848.

v. Werder-Labs-Ortmann: Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, 1949.

Westermann: Die Forstnutzungsrechte, in: Beitr. zum Forstrecht, hrsg. von Saure, 1942.

Wittich: Die Grundherrschaft in Nordwestdeutschland, 1896.

Wölbling: Das Haushaltswesen der Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, Diss. jur., Göttingen 1953.

Wolff: Das Verfahren bei Freiheitsentziehungen, in: Öffentliche Verwaltung, 1951 (4), S. 313 ff.

Zeitler-Bitter-v. Derschau: Deutsche Gemeindeordnung, 3. Aufl., 1937.

Lebenslauf

Am 22. Juni 1925 wurde ich als Sohn des damaligen Grubendirektors und jetzigen Generals a. D. Fritz Heising und seiner Ehefrau Ria, geb. Frings zu Bonn/Rh. geboren.

Von Ostern 1931 bis Ostern 1935 besuchte ich die Hindenburgschule in Bonn/Rh. und von Ostern 1935 bis Ostern 1936 das dortige städt. Gymnasium und Realgymnasium. Mit der Reaktivierung meines Vaters verzogen meine Eltern nach Münster/Westf., wo ich von Ostern 1936 an das städt. Gymnasium und Realgymnasium — die spätere Hermann Löns-Oberschule — besuchte. Ich legte hier am 9. März 1943 meine Reifeprüfung ab.

Anschließend war ich zunächst im Reichsarbeitsdienst und von Juli 1943 bis zum Kriegsende bei der Panzertruppe, zuletzt als Leutnant.

Vom Wintersemester 1945/46 an studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften an der Georg-August-Universität in Göttingen. Am 18. Juni 1949 bestand ich meine erste juristische Staatsprüfung beim Justizprüfungsamt in Celle und am 26. Februar 1954 die große juristische Staatsprüfung beim nieders. Ministerium der Justiz.